المدخل لدراسة القانون

تأليف

الأستاذ المترس
عبد الباقي البكري

المدرس
زهير البشير



محتويات الكتاب

المقدمة

لما كان الإلمام بأي ضرب من ضروب المعرفة يقتضي التمهيد له بمقدمة تيسر التعرف على موضوعه ونطاقه وأهميته قبل الولوج في أعماقه، لذلك يحسن بنا التمهيد لدراسة هذا العلم الذي عرف بتسميات متعددة لعل أكثرها شيوعًا هي المدخل لدراسة القانون وأصول القانون وعلم القانون، بمقدمة تتناول تحديد معناه وبيان موضوعه وتبيان مدى أهميته ومعرفة تاريخ نشوئه ومدى اهتمام الأمم بدراسته. وذلك ما سنفعله في هذه المقدمة والله ولي التوفيق.

تعريفه:

يواجه طالب القانون في دراسته طوائف متعددة من القواعد القانونية متباينة عن بعضها تبعًا لطبيعة الروابط الاجتماعية التى تحكمها وخصائص الشرائع التي تنظمها إلا أن هذا التباين لا يعني انقطاع الصلة فيما بينها؛ لأن هناك ثمة رابطة تحكم صلتها ببعضها نجدها في صورة جملة من المبادئ والأسس تقوم عليها قواعد القانون كافة بصرف النظر عن تباين الشرائع واختلاف الفروع التي تضمها والإلمام بهذه المبادئ يقتضي دراسة هذا العلم الذي استقر شأنه وتعاظمت أهميته فى الفقه العربي حديثًا. وقد عرف هذا العلم بتعريفات متعددة، وهي وإن تباينت في التعبير إلا أنها تتشابه في المعنى وتتفق في الغاية، لأنها جميعًا تقوم على الاعتراف بوجود مبادئ أساس واتجاهات رئيسة تشترك فيها قوانين الأمم المختلفة، وتفرض على الباحث مهمة الكشف عن هذه المبادئ والاتجاهات بغية الوصول إلى نظرية عامة للقانون تسمو على التفصيلات وتقف عند الجوهر من المبادئ، ولذلك فلا بأس من الخروج على هذه التعريفات التقلدية لنسوق تعريفًا لعلم أصول القانون يغايرها في التعبير ويماثلها في المعني. فنعرفه[1] بأنه علم يتخذ من القانون موضوعًا له فيبحث فيما يحكمه من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين شرائع الأمم.

ولعل أدق وصف للعلاقة بين هذا العلم وبين القوانين الوضعية في مختلف الأمم هو ما ساقه الفقيه هولاند، إذ شبه هذه العلاقة بالعلاقة بين علم النحو المجرد وبين مختلف اللغات، فكما أن لكل لغة علم نحو يختص بها، يبين أقسام الكلمة ومواقعها في الجمل والعلاقة فيما بينها وأحكام كل منها،كالفعل والفاعل والضمير والصفة والاسم وحرف الجر، إلا أن فكرة الاسم والفعل والفاعل وغيرها أفكار تستقر في مختلف اللغات، وإذا كان علم النحو يعني

(١) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ص٥.

بدراسة هذه الأفكار النحوية المشتركة بين شتى اللغات فإن علم أصول القانون مدخل لدراسة القانون يتكفل بالبحث في جميع المبادئ القانونية الرئيسة المشتركة في مختلف القوانين الوضعية التي يتباين بعضها عن بعض في التفصيلات المتفرعة عن هذه المبادئ.

مميزاته:

إذا أمعنا النظر في التعريف الذى سقناه لهذا العلم كان في الوسع استخلاص طائفة من مميزاته، نشير إليها فيما يلي[1]:

أولا: إنه علم ذلك لأن العلم ضرب من ضروب المعرفة يستكمل كيانه بالتطور ويتميز بوحدة الموضوع وباحتوائه على قواعد كلية ونظريات.

ثانيًا: إنه لا يأبه بالأحكام التفصيلية التي تختلف باختلاف القوانين وتتأثر بحاجات الأمم وظروفها، وإنما يتناول بالبحث الأفكار المشتركة المتماثلة في مختلف القوانين والمنطبقة على جميع التفصيلات، فحق الملكية والحقوق العائلية وفكرة العقد على اعتباره مصدرًا للالتزامات ومسؤولية الشخص عن الأضرار التي يلحقها بغيره، أفكار تسلم بها القوانين كافة، وإن اختلفت في تفصيل قواعدها، كتحديد طرق انتقال الملكية وحدود سلطة المالك ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنظيم أحكامه ونطاق المسؤولية المترتبة على من يلحق بالغير ضررًا وطبيعتها وعبء إثباتها.

ثالثًا: إنه لا يركز اهتمامه على حقل من حقول الحياة القانونية ليتولاه بالبحث والتنظيم وإنما يشرف على الحياة القانونية ليتحرى الأصول المشتركة والأفكار القانونية التي تسودها في مختلف حقولها مدنية أو تجارية أو جنائية أو غيرها.

رابعًا: إنه صلة بين القوانين المختلفة ووسيلة إحاطة بخصائصها وبالمبادئ الرئيسة التي ترتكز عليها. ذلك لأن القوانين إذا كانت تتباين عن بعضها إلى مدى متفاوت بتأثير من عاملي الزمان والمكان وبسبب اختلاف طبيعة الروابط التي تتناولها بالحكم، إلا أن هذا العلم يشدها إلى بعضها بنظرية عامة في القانون يستخلصها من دراستها جميعًا ويجمع فيها المبادئ والقواعد العامة المشتركة فيما بينها، وبعون هذه المميزات لهذا العلم يتسنى لنا أن نتبين الفروق التي تنهض بينه وبين فروع القانون من مدني وتجاري ودولي وجنائي وغيرها، وهو إذ كان لا يركز اهتمامه على حقل من حقول الحياة القانونية وإنما يتولاها جميعًا بالبحث فإن كل فرع من فروع

---

(١) عبد الباقي البكري. نظرية القانون، ص٦.

القانون يعنى بدراسة حقل واحد من حقول الحياة القانونية تتصف روابطه بالتجانس من حيث طبيعتها، وهو إذا كان لا يأبه بالأحكام القانونية التفصيلية وإنما يعبأ بالأفكار والمبادئ القانونية المشتركة بين مختلف القوانين وفروعها فإن كل فرع من فروع القانون يتضمن أحكامًا جزئية وقواعد تفصيلية تنظم الروابط القانونية.

موضوعه:

يتخذ هذا العلم من القانون برمته موضوعًا له فيتولى تحديد معناه، والكشف عن خصائص قواعده التي تميزه عن غيره من القواعد، والبحث في طبيعته، وأساسه الكشف عن العنصر الذي يتكون منه والنبع الذي يمده بالقوة الملزمة، ودراسة مصادره لمعرفة كيف تنشأ قواعده، والإلمام بفروعه وأنواع قواعده وتتبعه في حياته وفنائه للإحاطة بكيفية تفسيره وإلغائه وبيان طرق التوصل إلى الاستزادة من أحكامه استجابة لحاجات المجتمع المتطور، وهو في جماع ذلك يكون قد استخلص نظرية القانون.

إلا أن مهمة هذا العلم لا تقتصر على هذا الغرض وإنما تتعداها إلى رسم نظرية للحق أيضًا، ذلك القانون في حكمه لسلوك الأفراد في المجتمع يعمل على تغليب مصالح بعضهم على سواهم عند تشابك المصالح وتصادمها من طريق إقرار حقوق لهم تخولهم الاستئثار بسلطات معينه ينبغي احترامها: ولا ريب في أن الحقوق تتفرع من القانون وتحتل منزله هامة في النظام القانوني، لأن الغرض من القانون هو تنظيم العلاقات الاجتماعية ابتغاء حماية نشاط الأفراد ورسم حدودها، ولأن القانون لا يقنع وهو يقوم بدوره في التنظيم الاجتماعي بغرض التكاليف والواجبات وإنما يجاوزها إلى تقرير الحقوق وإضفاء حمايته عليها: فالصلة وثقى بين القانون وبين الحق بحيث يصح القول أن الحق لا قيمه له ما لم يقره القانون ويحميه، وإن القانون لا جدوى منه إن لم يحدد ما للفرد من حقوق سواء كانت قبل أسرته أو قبل غيره ممن يدخل وإياهم في روابط اجتماعية أو قبل السلطات القائمة في المجتمع وما لكل من هؤلاء من حقوق قبله، ولا تقتصر مهمة القانون على بيان الحقوق وإنما تتعداه إلى بيان الوسائل الكفيلة بحمايتها ودرء الاعتداء عليها وتخلص مما تقدم إلى القول: إن دراسة علم أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون تتوزع على قسمين: أولهما بحث في القانون للإلمام بنظريته العامة. وثانيهما بحث في الحقوق المتولدة عن شتى العلاقات القانونية الناشئة بين الأشخاص وطرق المحافظة عليها لرسم نظرية عامة لها.

أهمية دراسته:

تبدوا أهمية هذا العلم في مدى مضمونه المشار إليـه جليـه للمبتـدئ في دراسـة القـانون، ولرجل القانون الملم بأحكامه، بل ولكل مثقـف. فأهميتـه واضـحة لكـل مبتـدئ في دراسـة القانون؛ لأنه يستطيع بعون هذا العلم الإلمام بفكـرة عامـة عـن القـانون مـن حيـث معنـاه خصائصه وطبيعته ومصادره فروعه وأنواع قواعده.

ومن طريقه يتزود بطائفه من المعلومات تنمي ملكاته وتعينه في دراسته التفصيلية اللاحقة لفروع القانون العديدة. ولما كانت الدراسات القانونية تشترك في جملة من المعلومات الأوليـة والمصطلحات الفنية وتقوم على طائفة من المبادئ المشتركة، وحيث أن علـم أصـول القـانون يركز اهتمامه على دراسة هذه الأمور، فأنه يصبح وسيلة لا غنى عنهـا في دراسـة سـائر فـروع الثقافة القانونية وتتعدى أهمية دراسة هذا العلم المبتدئ في الدراسة القانونيـة إلى مـن أحـاط علمًا بفروع القانون وأحكامه. إذ تكون دراسته بالنسبة إليه دراسة تعمق واستقصاء، وملتقى لجميع ما ألم به من أصول مشتركة ومبادئ عامة مجردة ترجع إليها سائر الجزئيات، وعونًـا لـه في الكشف عن الاتجاهات الرئيسة في الفكر القانوني التـي يـستطيع في هـديها أن يحكـم عـلى الأمور حكمًا مبنيًّا على تقدير علمي سليم.

ولا تقتصر جدوى هذا العلم على المعنيين بدراسة القانون بل تجاوزهم إلى غيرهـم ذلـك لأن علم أصول القانون يعني في معرض دراسته للأصـول المـشتركة بين القـوانين الوضـعية بدراسة أمور لا غنى عنها لكل مثقف. فهو يعرض لدراسة طبيعة القوانين وطبيعة العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأشخاص فتولد الحقوق وترتب الواجبات ويتناول بالبحـث طـرق المحافظة على هذه الحقوق والدفاع عنها، ولما كان من المفيد لكل فرد وإن لم يكـن مـن رجـال القانون أن يكون على بينه من القوانين التي تحكمه وعلى معرفة بالحقوق المترتبة عـلى اعتبـاره مواطنًا أو عضوًا في مجتمع أو طرفًا في تعامل وطرق المطالبة بها ووسائل حمايتها، فـإن دراسـة هذا العلم تكون مجدية بالنسبة للكافة وتبدوا عنصرًا هامًّا من عناصر الثقافة العامة.

تاريخ نشوئه ومدى اهتمام الأمم بدراسته:

لا ينسب الفضل في خلق علم أصول القانون إلى الإغريـق والرومـان، إذ لم يعـرف عـن الإغريق طول باع في ميدان القانون خلافًا لمجال الفلسفة الذي برزوا فيه.

ومع ذلك فإنهم وإن لم يخلقوا فقهًا أصيلاً ولم يتركوا دراسات عميقة في القانون إلا أن غلبـة

الطابع الفلسفي على نشاطهم الفكري ساقهم إلى إلقاء نظرات عميقة على مسائل هي من صميم هذا العلم، فكانت بحوث أفلاطون في كتابيه «الجمهورية الفاضلة، والقوانين» مناقشة مستفيضة في أصول الدولة والقانون. وكانت آراء أرسطو في العدل الطبيعي والعدل القانوني، وفي التمييز بين القانون الطبيعي وبين القانون الوضعي، وفي الكلام على تجرد قواعد القانون ما يقرب المجردات العقلية من خير وعدل إلى الحياة القانونية، مما يؤكد خوض الإغريق في البحث في طبيعة القانون ومصادره، وإن كان ذلك لايجاوز نطاقا ضيقًا في مجال علم أصول القانون.

ولم يحظ هذا العلم باهتمام الرومان بالرغم من براعتهم الفائقة في صناعة القانون فهم وإن تركوا تراثًا ضخمًا في ميدان الإنتاج القانوني الذي تميز بدقة الصياغة وعرفوا بطول الباع في ميداني الفقه والقضاء، إلا أنهم لم يعنوا بدراسة المبادئ الأساس التي تقوم عليها قواعد القانون وتحكم علاقة بين فروعه ولم يكترثوا بالفلسفة القانونية إلا في حدود ضيقة لا تتعدى البحث في القانون الطبيعي وقانون الشعوب، ولعل السبب في عزوف الرومان عن دراسة مسائل هذا العلم بالرغم من علو كعبهم في حقل القانون، هو عنايتهم الفائقة بالنصوص القانونية وتطبيقاتها وشرحها على نحو صرفهم عن مباحث الفلسفة القانونية، والحق أن علم أصول القانون خلق العصر الحديث، ومع ذلك ينبغي التمييز بين مرحلتين اجتازهما في تطوره خلاله: أما الأولى فقد بدأت في منتصف القرن الثامن عشر حيث نبعت فيها مباحث علم أصول القانون في دائرة مصادر القانون فكرة العدل الطبيعي التي تمتد جذورها إلى الفكر الإغريقي دون أن تتعداها، أما الثانية فقد افتتحها الفيلسوف الألماني كانت (١٧٢٤ - ١٨٥٤) الذي خلق الفسفة الوضعية ونحى بها منحى عقليًا نفد بعونه إلى البحث في القانون وأصوله.

وقد تنامت منذئذ البحوث في أصول القانون ليستقيم لهذا العلم عوده بعد فترة كان الكتاب الإنجليز والألمان السابقين في تطويره خلالها.

وقد كان هذا العلم محل اهتمام بالغ عند الأمم الأنجلوسكسونية، إذ عني الإنكليز بدراسته وتبعهم الأمريكيون عناية فائقة. ومبعث هذا الاهتمام، أن القانون الإنكليزي والأمريكي يستمدان أغلب قواعدهما من أحكام القضاء دون أن يكون للفقه فيهما شأن ملحوظ ولذلك استعاض رجال القانون بدراسة هذا العلم دراسة فلسفية يستخلصون بها قواعد عامة تربط أجزاء القانون المتناثرة في أحكام القضاء عن الشروح الفقهية لأحكام القانون التفصيلية. ولايقل فقهاء الالمان عن الكتاب الإنجليزي والأمريكيين عناية بعلم أصول القانون بل جاوز انتاجهم العلمي انتاج سواهم وفاقوا غيرهم في الدقة والتعميق

وإليهم يرجع الفضل في خلق عدد من المذاهب الفلسفية في طبيعة القانون،لتمسك الكثير منهم بالطريقة الفلسفية في البحث وبالغوص في عقليات أصول القانون على نحو يصح بمقتضاه تسميتهم بالاصوليين الفلاسفة.

وقد تعدى الاهتمام بهذا العلم الكتاب الانجليز والفلاسفة الألمان ليسري إلى أمم غربية أخري. أما في المجتمع العربى، فقد تقدم المصريون سواهم في دراسة هذا العلم وتدريسه والكتابة فيه، فقد استقر تدريسه في الكليات المصرية المعنية بدراسة القانون على نحو إجباري وعلى اعتباره مادة تحضيرية ومقدمة ضرورية لدراسة فروع القانون، وقد كان المغفور له أستاذنا الجليل السنهوري فضل في إدخال دراسة هذا العلم في كلية الحقوق العراقية عندما كان عميدًا لها سنة ١٩٣٥. واستقر منذئذ تدريسه في كلية الحقوق التي خلفتها كلية القانون والسياسة ثم كلية القانون على النمط الذى يدرس عليه في الجامعات المصرية. ثم اتسع تدريسه في العراق ليتعدى كلية الحقوق الى كليات ومعاهد أخرى تعنى إلى مدى ما بتدريس القانون. غير أن هذا التوسع المحمود في تدريس هذا العلم مال لبث أن أعقبه انكماش يؤسف له في نطاق تدريسه الجامعي في العراق في ظل مناهج الدراسة الجديدة.

وعلى العموم فإننا نلاحظ اتجاهات متباينة ثلاث حيال موقع هذا العلم في الدراسات القانونية في الجامعات المعاصرة تشير إلى تفاوت النظر في تقدير منزلته.

أولها: الاتجاه الأنجلوسكسوني الذي يبالغ في تقديره فيدرسه في الكليات القانونية على نحو إلزامي وينظر إليه على اعتباره قمة الدراسات القانونية وخاتمتها فيدرسه في السنة النهائية على نحو يتسم بالعمق والدراسة المستفيضة المتسمة بالطابع الفلسفي.

وثانيها: الاتجاه اللاتيني الذي يعتبره مقدمة الدراسات القانونية ومدخلاً للإلمام بها، فيدرسه دراسة شاملة موجزة. ولا تحتم كثير من الجامعات في ظل هذا الاتجاه تدريسه على نحو إلزامي بل يجعل بعضها منه مادة اختيارية.

وثالثها: اتجاه وسط تسلكه الجامعات لعربية فتجعل منه مادة الزامية تدرج ضمن مناهج السنة الأولى في الكليات المعينة بدراسة القانون.

مدى اهتمام الفكر الإسلامي بهذا العلم:

عني فقهاء الشريعة الإسلامية عناية فائقة بهذا العلم فتناولوا بالبحث المبادئ الأساس للفقه الإسلامي ومصادرهذا الفقه. وضعوا القواعد العامة والأصول الكلية التي يستعان بها

في تفسير النصوص وفي استنباط الأحكام منها وقد عرفت هذه القواعد باسم أصول الفقه.

وينسب الفضل في إرساء علم أصول الفقه إلى الإمام الشافعي محمد بن ادريس الذي فصل مبادئه في كتابه (الرسالة) وإن كان قد عالج بعض مباحثه في كتب أخرى. فبحث في كتابيه (اختلاف الحديث، جماع العلم) في مصادر الفقه. وفصل في كتابه (الأم) طرق تفسير النصوص واستخلاص الأحكام منها. ثم عكف الأصوليون من بعده على بلورة هذا العلم والتوسع العميق في مباحثه فكثرت فيه المؤلفات وتنوعت طرق الكتابة فيه[1].

نهجنا في البحث:

وضح مما تقدم أن دراسة علم أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون تتوزع على بحثين:

أولهما: بحث في القانون للإلمام بنظريته العامة.

ثانيهما: بحث في الحقوق الناشئة عن مختلف العلاقات القانونية بين الأشخاص لرسم نظرية للحق، وسنسير على هذا النهج في البحث.

وستكون دراستنا لنظرية الحق عقب الفراغ من عرض نظرية القانون، على اعتبار أن الحقوق وليدة قواعد القانون، فالحق في نظرنا يقابل الواجب ويرتبط به ارتباطًا وثيقًا والواجب لا يترتب إلا إذا قضت به قاعدة قانونية: فلا يتصور أن يتولد حق أو يترتب واجب إلا بمقتضى القانون وأحكامه.

وسنوزع الجزء الذي خصصناه للبحث في نظرية القانون على أربعة أبواب راعينا التسلسل في ترتيبها: أما أولها: فنخصصه للتعريف بالقاعدة القانونية فنحدد فيه معناها ونتبن خصائصها ونتعرف علي معايير التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى وسنفرد الباب الثاني للكلام على مصادر القاعدة القانونية رسمية كانت أو غير رسمية لأنها جميعًا تسهم في تكوينها. ونتعرف في هذا الباب عل مولد القاعدة و حياتها وفنائها.

وأما الباب الثالث فيختص بالبحث في وظيفة القاعدة القانونية. ونتعرف فيه على أغراض القانون ووسائله إلى إدراكها ومدى تأثر هذه الأغراض بالتيارات الفكرية والنظم السياسية والقيم الاجتماعية. وسنخصص الباب الرابع لبيان فروع القانون وتباين أنواع قواعده ونتعرف فيه على مختلف حقول النشاط القانوني وطبيعة القواعد القانونية التي تحكم كل حقل.

---

(١) انظر فى المقارنة بين علم أصول القانون وعلم أصول الفقه الإسلامى عبد الباقى البكرى المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ص/ ٢٣.

القِسْم الأولُ

نَظريَّة القَانُون

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

الفصل الأول: معنى القاعدة القانونية وضرورتها.
الفصل الثاني: خصائص القاعدة القانونية.
الفصل الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية.

تقسيم البحث:

إن التعريف بالقاعدة القانونية يقتضينا تحديد معناها أولا وبيان خصائصها ثانيًا: حتى إذا ما فرغنا من ذلك وجب علينا التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى تمييـزًا يجرنـا إلى البحث في صلتها بهذه القواعد.

ولذلك يحسن بنا تقسيم هذا الباب إلى فصول ثلاثة: نعقد أولها لتحديد معنـى القاعـدة القانونية ونفرد ثانيها لبيان خصائصها، ونخصص ثالثه للتمييز بينها وبين سواها من القواعد الاجتماعية.

الفصل الأول

معنى القاعدة القانونية:

مضمون البحث:

يلزمنا لكي نحدد معنى القاعدة القانونية أن نعرف أصل لفظ القانون وأن نتبين معناه لغة واصطلاحًا، وتحديد معناه سيسوقنا إلى التمييز بين مصطلحه وبين مصطلحات قانونية أخرى من جهة، وإلى الكلام في مدى ضرورته في الحياة الاجتماعية من جهة أخرى، ولذلك سنوزع هذا الفصل على ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

أصل لفظ القانون ومعناه لغة واصطلاحًا

أصل لفظ القانون:

اختلف الكتاب في تحديد أصل هذا اللفظ، فذهب الرأي الغالب إلى القول أنه ليس عربي الأصل وإنه دخيل على لغتنا، وذهب البعض إلى القول أنه عربي الأصل مادة وشكلا[١] بدليل عدم إدراج هذا المصطلح فيما وضعه الكتاب العرب من مجموعات للألفاظ المستعربة بالرغم من شيوع استعماله وقتئذ، أما من حيث مادته، فأصله لفظ (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان في معرفته وأما من حيث شكله فهو من صيغة (فاعول) العربية التي تدل على الكمال وبذل الجهد.

ومن نسبه إلى أصل أجنبي اختلف مع غيره في تحديد أصله فذهب أكثر الكتاب إلى القول أنه مستقى من كلمة (Kanon) التي تعني القاعدة أو التنظيم.

وهي كلمة لاتينية اقتبس منها الفرنسيون كلمة Canon قاصدين بها قرارات المجامع الكنسية. وأخذها الانجليز فاطلقوها على القانون الكنسي (Canonlaw) وحدد غيرهم من الكتاب أصلاً آخر له فقيل: إن أصله رومي وقيل: إنه فارسي الأصل، ونسبه فريق إلى اللغة

(١) عبد الله النقشبندي. علم أصول القانون ص ٢٠.

السريانية، كما نسبه فريق أخرى إلى اللغة العبرية، ولكل فريق حجمه في دعم وجهة نظره، وواضح أن هذا الخلاف في أصل اللفظ لا ينطوي على فائدة عملية، ولذلك لانتصدى له بالتفصيل أو المناقشة وإن كنا نميل إلى القول أنه عربي الأصل[1].

معنى القانون لغة ونطاق استعماله في المجتمع الإسلامي:

وسواء كان لفظ القانون عربيًّا في أصله أم أجنبيًّا إلا أن استعماله ظل بعيدًا عن حقل الروابط القانونية حتى عهد قريب. فقد كان لفظ الشريعة هو المصطلح الذي يطلق على مجموعة القواعد التي تحكم الحياة القانونية في مختلف حقولها، أما لفظ القانون فقد قصد به فلاسفة المسلمين،وعلماؤهم القاعده المطرده سواء قامت في حقل العلوم الطبيعية أو في مجال العلوم الاجتماعية. فعرفه الفيروز آبادي في قاموسه المحيط بأنه (مقياس كل شيء) واستعمل للإشاره إلى النظام الذي تسير عليه أمور الكون بصورة مطرده بحيث يحتم ترتب نتائج معينه عند توافرشروط خاصة. وشاع استعماله بهذا المعنى اللغوى، فقيل قانون توالي الليل والنهار، وقانون البقاء للأصلح. وقيل أن لكل شيء قانونه الذي يحكمه فقانون الطبيعه هو القوة، وقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، ووضع ابن سينا كتابًا في قواعد الطب أطلق عليه اسم (القانون).

وكتب ابن خلدون فصلاً في مقدمته عنوانه (بالاستدلال على ما في الضمائر الخفيه بالقوانين الحرفيه) ومازلنا نستعمل لفظ القانون بهذا المعنى اللغوي. فنقصد به القاعدة التي تتخذ مقياسًا لتتبع باطراد وانتظام، ولنشير باستعماله إلى وقوع أمر معين بصورة متكررة وعلى نمط واحد كلما توافرات ظروف وشروط خاصة بحيث يبدو الأمر وكأنه يخضع لنظام ثابت، ونطلقه بهذا المعنى على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية الاقتصادية والاجتماعية فنقول قانون الجاذبية وقنون العرض والطلب وقانون كراهام في النقود وقانون أرخميدس.

تاريخ تسرب لفظ القانون إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا:

والواقع أن لفظ القانون لم يتسرب إلى دائره الروابط القانونية في معظم أقطار المجتمع العربي، التي تسيدها لفظ الشريعة، إلا منذ منتصف القرن التاسع عشر بعد أن كان هذا اللفظ يستعمل بمعناه العام في كل العلوم وهو العلاقة الضرورية الثابتة بين الظواهر فقد أقامت الدولة العثمانية

(١) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ص٣٤.

حينئذ على سن طائفه من القوانين الوضعية مدفوعة بدوافع شتى، منها ضعفها وضغط الدول الأجنبية عليها، ومنها كثرة الجاليات الأجنبية فيها، ومنها تقدير سلطاتها أن الشريعة الإسلامية لا تفي بجميع الأحكام. وهي قوانين استقت الدولة أحكام قواعدها من قوانين الغرب وأطلقت على كل مجموعة من القواعد التي تحكم ضربًا من ضروب الروابط القانونية اسم القانون، ثم شاع مصطلح القانون في دائرة الروابط القانونية بعد نشوء الدول العربية على أنقاض الإمبراطورية العثمانية وإقدام سلطاتها على سن التشريعات وإصدار التقنينات، ثم ازداد هذا المصطلح شيوعًا بعد نضج الفقه القانوني في هذه الدول ازدهار حركة التأليف فيه. وقد اقتصر معنى المصطلح عند بدء تسربه إلى الحياة القانونية في المجتمع الإسلامي على النصوص المشرعة المدونة. ثم تعددت معانيه في المجتمع العربي واتسع نطاق مدلوله برسوخ وشيوع استعماله.

معنى القانون اصطلاحًا:

إذا كان مصطلح القانون قد تسرب إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا في منتصف القرن التاسع عشر ورسخ وشاع استعماله منذئذ، إلا أنه لم ينفرد بمعنى واحد محدد بل ظل يعني معنيين اصطلاحًا، أحدهما خاص أو ضيق وثانيهما عام أو شامل.

أما القانون بمعناه الخاص، فيعني مجموعة القواعد القانوينة التي تسنها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين، فيقال بهذا المعنى: قانون نزع الملكية وقانون المرور وقانون ضريبة الدخل، والقانون بهذا المعنى يرادف التشريع وهو القانون المدون الذي تضعه السلطة التشريعية.

ويراد بالقانون بمعناه العام، مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص اتباعها وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة، والقانون بهذا المعنى مجموعة الأحكام القانونية الملزمة مشرعة من قبل السلطة المختصة أو مستمدة من مصادر أخرى غير التشريع.

ويستعمل مصطلح القانون بمعناه العام للدلالة على مفاهيم متعددة أبرزها مفاهيم أربعة.

أولها: قد يقصد به النظريات والقواعد الكلية والتشريعات المقننة دون التقيد بالزمان والمكان، فيراد به علم القانون عندئذ.

ثانيها: قد يستعمل للدلالة على مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية في دولة ما، وهو عندئذ يرادف مصطلح الشريعة في المعنى، كأن يقال: القانون الفرنسي أو القانون العراقي أو الألماني.

ثالثها: قد يعني مجموعة القواعد القانونية التي ينتظمها فرع من فروع القانون في دولة ما. فيقال: القانون المدني العراقي أو القانون التجاري الفرنسي أو القانون الجنائي الإيطالي.

رابعها: وقد يراد به فرع من فروع الثقافة القانونية غير مرتبط بدولة ما، فيقال القانون الدولي العام.

يفهم مما تقدم، أن القانون بمعناه الخاص مرادف لتشريع في المعنى وهو القانون المكتوب المشرع الذي يعد نوعًا من أنواع يضمها جنس القانون أي القانون بمعناه العام، ذلك لأن التشريع لايعدو أن يكون مصدرًا من مصادر ستة للقانون بمعناه الشامل وصورة من صور ست يظهر فيها: هي: العرف والدين والفقه والقضاء ومبادئ العدالة والتشريع، وجدير بالذكر، أن لفظ القانون إذا تصدرته أداة التعريف قصد به في الغالب المعنى العام للقانون: ولعل السبب في انصراف الذهن إلى التشريع عند الإطلاق هو تعاظم أهميته في وقتنا الحاضر وصدور أكثر قواعد القانون في صورته.

ولما كان للفظ القانون معنيان في لغتنا، لذلك ينبغي التمييز بينهما لتجنب الخلط بين المعنيين ورفع للبس عن المعنى المقصود باللفظ، ومثل هذا الخلط أو اللبس لا وجود له في اللغات الأجنبية التي استقر فيها مصطلح خاص لكل من المعنيين فيطلق على القانون بمعناه العام فقط (Droit) في اللغة الفرنسية (Law) في الإنجليزية و (Recht) في الألمانية. ويطلق على القانون بمعناه الخاص لفظ (Loi) في اللغة الفرنسية و (GF.setz) في الالمانية، أما في اللغة الإنجليزية فيستعمل مصطلح (Actof parliment) للدلالة على القانون بمعناه الخاص وكذلك لفظ (Statute) الذي يشيع استعماله في المصطلح الأمريكي، كما يلاحظ أن لفظ (Law) قد يستعمل للدلالة على المعنيين معًا، العام والخاص للقانون، في اللغة الإنجليزية،.

وإذا كان الخلط بين المعنيين قائمًا في لغتنا ولا وجود له في معظم اللغات الأجنبية، فإن ثمة خلطًا آخر يلاحظ في أغلب اللغات الأجنبية، هو الخلط بين القانون وبين الحق الذي سلمت منه اللغة العربية بإفرادها لفظًا معينا لكل منهما، كما سلمت منه اللغة الإنجليزية التي أطلق فيها على القانون لفظ (Law) وعلى الحق مصطلح (Right) أما الفرنسيون والإيطاليون والألمان فقد خلطوا بين الاثنين، ذلك لأن كلا من لفظ (Droit) الفرنسي و (Recht) الألماني يعني القانون والحق معًا وقد حاول الفرنسيون تحاشي هذا الخلط باستعمال لفظ يلحق

بالمصطلح لتحديد المعنى المقصود؛ فاستعملوا مصطلح (Droit objectif) للدلالة على معنى القانون ومصطلح (Droitsubjectif) لإفادة معنى الحق، ومع أن اللغة العربية تسلم في الأصل من هذا الخلط إلا أن رجال القانون العرب كثيرًا ما وقعوا في الخلط بين المعنيين باستعمال مصطلحيهما استعمالاً غير دقيق.

تعريف القانون:

وما دمنا نتصدى للبحث في علم القانون، فإن ما نعني بدراسته هو القانون بمعناه العام وسنعرض بالطبع للكلام في التشريع، أي القانون بمعناه الخاص، على اعتباره صورة من صور القانو ن ومصدرًا من مصادر أحكامه.

وقد عرف الفقهاء القانون بمعناه العام بتعريفات عديدة تتفق في المعنى وإن تباينت في الألفاظ. ونسوق فيما يلي تعريفًا دقيقًا للقانون دون أن نحيد عن المعنى المتفق عليه،فتعرفه بأنه: مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة، المنظمة للعلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والمقترنة بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها.

المبحث الثاني

التمييز بين مصطلح القانون وبين مصطلحات قانونية أخرى

ترد في لغة القانون طائفة من المصطلحات تطلق على بعض صور القانون أو تحكم جانبًا من جوانب نشاطه في الحياة الاجتماعية، كالشريعة والقانون الوضعي وفرع القانون والمجموعة القانونية والنظام القانوني: ولذلك يحسن بنا التمييز بين القانون بمعناه العام بتعريفه الدقيق الذي سقناه وبين معاني هذه المصطلحات،، بعد أن أدركنا الفرق في المعنى بين القانون بمعناه العام وبين التشريع:

الشريعة:

تعرف الشريعة بأنها مجموعة القواعد والنظريات القانونية السائدة في دولة معينة أو مجتمع يضم دولاً متعددة تجمعها روابط مشتركة وإتجاه متجانس أو هي بتعبير آخر أدق: مجموعة القواعد التشريعية والقواعد القانونية غير المشرعة والنظريات والمبادئ القانونية العامة في مجتمع متجانس مترابط سواء اقتصر على دولة أو ضم عددًا من الدول: والحق أن الشريعة تعني جميع العناصر التي تسهم في إعداد القوانين الوضعية في مجتمع ما: ولذلك فهي تعتبر أصلاً للقوانين الوضعية ومصدرًا لأحكامها، ومن الأمثلة عليها، الشريعة الرومانية والإسلامية والإنجليزية، والألمانية، والسوفيتية. وإذا تشابهت بعض الشرائع في خصائصها أو في أغلبها جاز النظر إليها كمجموعة يطلق عليها اسم الشريعة.

فيقال: الشريعة الإنجلوسكسونية والشريعة اللاتينية والشريعة الجرمانية والشريعة البلشفية. وكل منها يضم شرائع تسود دولاً عديدة ولكنها شرائع تشابه بعضها في أغلب الخصائص وأبرز الشرائع التي تسود عالمنا المعاصر وتستمد منها القوانين الوضعية في مختلف الدول أحكامها شرائع خمس نشير إليها بإيجاز فيما يلي:

١ - الشريعة الإسلامية: التي سندرس خصائصها في الفصل الدراسي الثاني والتي تزود القوانين الوضعية الصادرة في المجتمع الإسلامي بأحكام يتفاوت مداها باختلاف أقطاره.

٢ - الشريعة الاتينية: التي تسود كثيرًا من الدول الاتينية ودول أمريكا الجنوبية وتؤثر في دول أخرى والتي تتميز بأصلها الروماني وباعتمادها على القانون المكتوب.

٣ - الشريعة الإنجلوسكسونية: التي تعم المجتمع الإنجلوسكسوني كبريطانيا والولايات الأمريكية وأستراليا وتؤثر في قوانين أمم أخرى رزخت من قبل تحت نير الاستعمار البريطاني. وهي شريعة تتميز بضآلة تأثيرها باقانون الروماني وباعتمادها في نشوئها وتطورها على الأعراف والسوابق القضائية.

٤ - الشريعة الجرمانية: التي تعم ألمانيا والبلاد الجرمانية الأخرى كالنمسا وتتميز بغلبة النزعة المادية عليها وباعتزازها بالنظريات الجرمانية. وإذا كان تأثرها بالقانون الروماني يقل كثيرًا عن تأثير هذا القانون في الشريعة الاتينية إلا أنه يفوق تأثيره في الشريعة الإنجلوسكسونية.

٥- الشريعة البلشيفية: التي تسود اتحاد الجمهوريات السوفيتية والدول الأخرى التي تدين بالعقيدة الشيوعية ويسودها النظام الاشتراكي والتي تتميز بروحها المادي وبطائفة من الخصائص تميزها عن الشرائع الأخرى لا مجال هنا للخوض في تفصيلاتها[1].

القانون الوضعي:

يقصد بالقانون الوضعي مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في عصر ما والتي تفرض الدولة تطبيقها مهما كانت طبيعتها تشريعية أو غير تشريعية وأيًا كان مصدرها إرادة صريحة أو ضمنية لأفراد المجتمع أو كانت إرادة الله تعالى، يتبين من هذا التعريف أن القانون الوضعي يتميز بأمور أربعة:

أولها: أن قواعده تسود مجتمعًا متجانسًا له حياته الخاصة وطابعه المعين وسيادته وهو ما يسمى بالدولة وعليه فإن لكل دولة قانونها الخاص بها.

ثانيها: أنه يعني مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في زمن معين فهو إذن يتحدد بالزمان والمكان فيقال مثلا: القانون الوضعي العراقي الحالي والقانون الوضعي الألماني في مطلع القرن العشرين.

ثالثها: أنه يضم مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الناس باتباعها. فيتميز بالإيجابية لقواعده عن طريق ما تملكه السلطة من قوة إجبار مادي تقسر بها الأشخاص على التقيد به وعليه فإن الأحكام الدينية التي لاتفرض الدولة على الناس واجب تطبيقها لا تعتبر من القوانين الوضعية.

رابعها: أنه يشتمل على القواعد القانونية الملزمة، أيًا كانت طبيعتها أو مصادرها فلكل دولة قانونها الوضعي بصرف النظر عن كون قواعده بادية في صورة تشريع أو عرف أو أحكام قضائية أو إلاهية ما دامت الدولة تحمل الناس على اتباعها. ولذلك فإن قواعد الدين تعتبر جزءًا من القانون الوضعي متى اعتبر الدين مصدرًا رسميًا للقانون وأصبحت قواعده واجبه الاتباع. يفهم مما تقدم، أن لفظ (الوضعي) يعني في رأينا أن القاعدة موضوعة سلفًا على شكل ثابت معين بحيث يستطيع الناس الإلمام بها وتكييف سلوكهم وفقًا لها، وأن عليهم التقيد بحكمها وإلا تعرضوا لجزاء مادي تفرضه السلطة وبذلك نخالف رأي من ذهب إلى القول أن هذا اللفظ يعني أن القواعد من وضع البشر، وإن مدلوله يقابل القانون السماوي

---

(١) انظر: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، عبد الباقي البكري ج١ ص٤٢.

الذي هو من وحي الله تعالى أو يقابل القانون الإلهي بصورة أعم الذي هو من صنع قوة عليا غير منظورة وحجتنا فيها ذهبنا إليه أن لفظ (Positif) الذي اقترن به مصطلح القانون يعني في اللغة الفرنسية الإيجابي أو الفعال. ولذلك فإن مصطلح (Droit positif) يشير إلى مجموعة القواعد الإيجابية أو الفعالة أي القواعد الواجبة التطبيق في دولة معينة وزمن معين بصرف النظر عن مصدر هذه القواعد اهو ارادة البشر ام ارادة تسمو عليها، ولكن اللفظ ترجم إلى اللغة العربية ترجمة غير دقيقة فترجم لفظ (Positif) إلى مصطلح (الوضعي) في اللغة العربية مما حمل كثيرًا من الفقهاء والشراح العرب إلى الاعتقاد بأن مصطلح (Droit Positif) يعني ما وضعه البشر من قواعد قانونية ليقابل ما يستمد من وحي الله تعالى وما يستمد من مصدر الدين غير السماوي من أحكام وعقائد.

فرع القانون والمجموعة القانونية:

يقصد بفرع القانون مجموعة القواعد القانونية التي تحكم حقلا من حقول الحياة الاجتماعية وتنظيم روابط ذات طبيعة واحدة، كالقانون التجاري والقانون العقابي والقانون الدستوري والقانون الدولي العام. لأن كلا منها يحكم جانبًا من جوانب الحياة الاجتماعية وتنظيم قواعده روابط من طبيعة سواء. فالقانون التجاري يهيمن على الحياة التجارية، محددًا الأعمال التجارية ومنظمًا الروابط بين التجار، والقانون العقابي يحكم الحقل العقابي منظمًا علاقة الفرد بالدولة من حيث الأعمال المنهي عنها ومحددًا ما يترتب على اقترافها من عقوبات. والقانون الدولي العام يتسيد حقل العلاقات الدولية وينظم الروابط بين الدول في حالات الحرب والسلم والحياد: ولايقتصر فرع القانون في معناه ونطاقه، على مجموعة القواعد القانونية التي يضمها التشريع، وإنما ينصرف إليها وإلى ما يتعلق بها من آراء فقهية ومقرارات قضائية وقواعد مستمدة من مصادر رسمية أخرى للقانون كالعرف.

أما المجموعة القانونية (CODE) فتعني نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلا من حقول الحياة الاجتماعية الذي تتسم روابطه بوحدة طبيعتها. فيقال، المجموعة المدنية والمجموعة التجارية والمجموعة العقابية.

يتضح مما تقدم، أن الفرع والمجموعة يتشابهان من حيث أن قواعد كل منهما تحكم حقلا واحدًا من حقول الحياة القانونية وتنظم روابط متماثلة في طبيعتها إلا أنهما يختلفان في المعنى والنطاق. أما من حيث المعنى، فالمجموعة تعني نصوص القانون المدونة وتبدو صورة

القانون بمعناه الخاص، خلافًا للفرع الذي يشمل النصوص التشريعية والقواعد القانونية المستمدة من المصادر الرسمية الأخرى للقانون ويبدو صورة للقانون بمعناه العام وأما من حيث النطاق، فإن المجموعة تعتبر جزءًا من الفرع الذي يحتضن المجموعة وما يتعلق بنصوصها من أحكام قضائية وآراء فقهية وما يقوم إلى جانب التشريع والفقه والقضاء من قواعد تنبع من مصادر القانون الأخرى.

النظام القانوني:

يقصد بالنظام القانوني مجموعة القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها وبالثبات في تطبيقها، والتي تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، فهو لايضم قواعد متباينة عن بعضها من حيث الغرض أو متهالكة على بعضها دون رباط وثيق يشد مجموعها. بل يتضمن قواعد قانونية تحكم وقائع اجتماعية محددة، وتهدف إلى غايةواحدة، وترتبط ببعضها في صورة كيان متماسك ثابت: فيتولى النظام القانوني تنظيم طائفة من العلاقات الناشئة في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي تتشابه من حيث طبيعتها وتستند إلى أصل واحد. ويمثل كيانًا متكاملاً تذوب فيه القواعد التي ينتظمها، وقد وصفه أيرنج بأنه الهيكل العظمي للقانون تحيط به مادته المكونة من القواعد كما تحيط العضلاتْ بالعظام. ومن أمثلته نظام الزواج الذي يضم القواعد القانونية الهادفة إلى حكم شأن من شؤون الحياة الاجتماعية هو قيام الأسرة، والرامية إلى تحقيق غرض معين هو تنظيم شؤون الأسرة ودعم كيانها، فتحكم الرابطة الزوجية في نشوئها وصحتها وحياتها وانحلالها وآثارها على نحو يبرز فيه التماسك بين القواعد والتماثل من حيث الغاية، تماسكًا وتماثلاً نتبينه في الأنظمة القانونية كافه.

المبحث الثالث

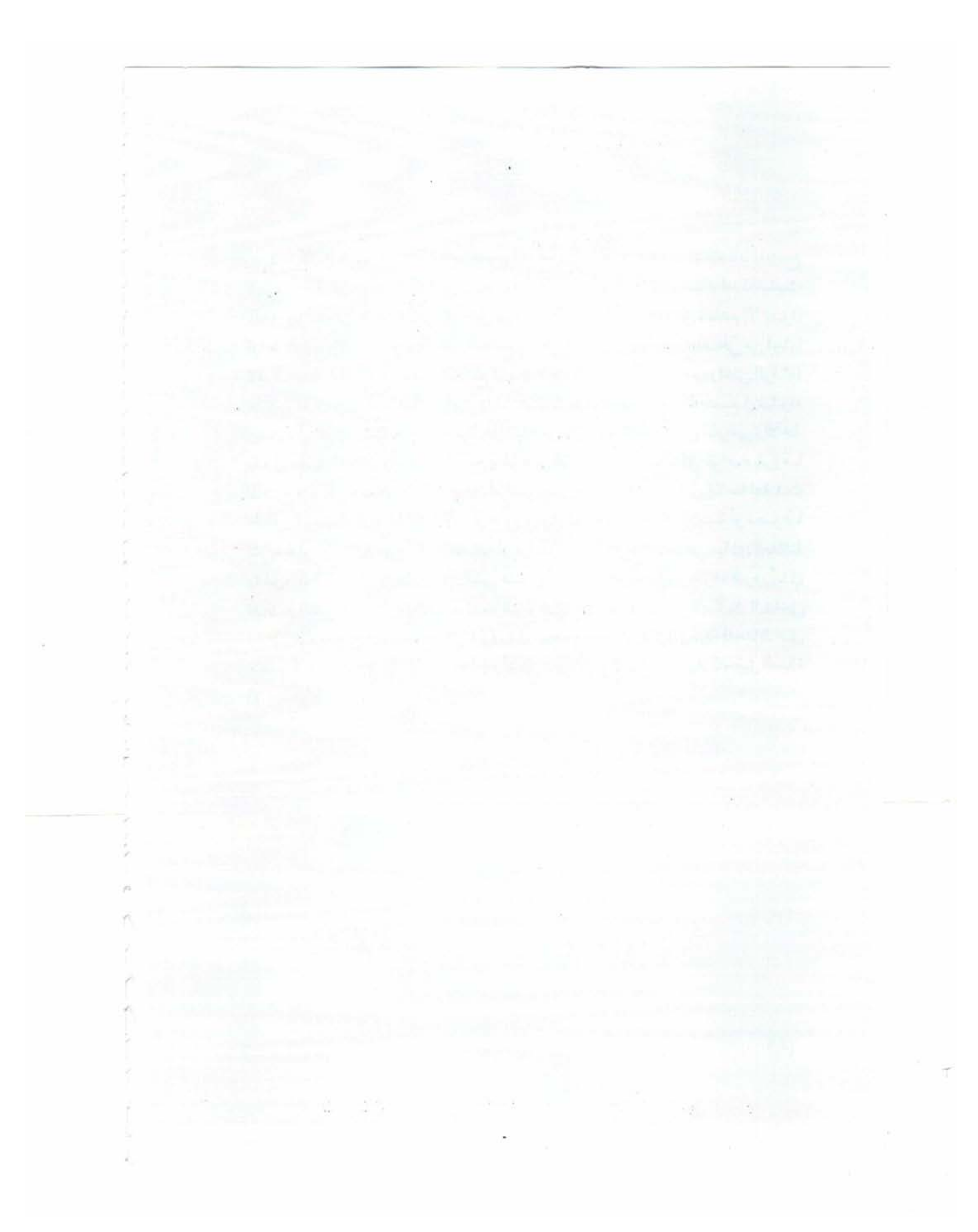
ضرورة القانون

من المسلم به، أن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته، لا يمكن أن يعيش بمعزل عن أفراد جنسه، وأن وجود المجتمع أمر ضروري للإنسان مهما تباينت صوره، أسره أو رهطًا من الناس أو قبيلة أو مدينة أو دولة. فلكي يولد الإنسان ويترعرع لابد من وجود مجتمع سابق لوجوده فهو وليد اتصال ذكر بأنثى، وهو ربيب أسره يحتاج في فجر حياته إلى حضانة ورقابة وكفالة. ولكي يعيش الإنسان لابد من وجود مجتمع يأنس فيه إلى أفراد جنسه وينتفع بمجهوداتهم

ويشبع حاجته بعونهم؛ لأنه أعجز من أن يستقل في حياته لإشباع مختلف حاجاته وهو مدفوع بفطرته إلى العيش مع غيره للتكافل في نطاق الأسرة وللتعاون مع غيره في ضروب النشاط، ابتغاء إشباع الغرائز وتبادل المنافع وإقرار الطمأنينة. أما الإنسان الفرد المنقطع عن غيره الذي تصوره بعض الفلاسفة كحي بن يقظان، وروبنسون كروزو، فلا وجود له في عالم الواقع لأن الإنسان الذي يعيش بمعزل عن البشر لا يكون من جبلة البشر، أو هو كما قال أرسطو: لايعدو عند افتراض وجوده، أن يكون وحشًا أو إلهًا.

ولما كان وجود المجتمع ضروريًا فلابد من نشوء العلاقات الاجتماعية بين أفراده. ذلك لأن الفرد في اتصاله الدائم بأفراد جنسه سيدخل حتمًا في علاقات شتى يرتبط وإياهم بها. ومتى وجدت هذه العلاقات اقتضت الضرورة نشوء قواعد تنظمها للتوفيق بين المصالح المتعارضة ولتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط لمختلف الأفراد؛ ذلك لأن ترك تسوية العلاقات وتنظيم الروابط الاجتماعية للأفراد أنفسهم يفضي إلى الفوضى وانعدام الاستقرار، لأن الفرد يصدر في تصرفاته عن غريزة حبه لذاته، وإذا ترك الأمر له والسلوك وفقًا لمشيئته غلب مصلحته على مصلحة غيره، وعندئذ تكون الغلبة للأقوى، وتصبح القوة هي الحكم الفصل في تسوية العلاقات، ولايجني المجتمع من ذلك غير الاضطراب والفوضى، وتصدق في وصف هذه الحياة عبارة الفيلسوف الفرنسي بوسوية (Bossuet): حيث يملك لكل فعل مايريدون لايملك أحد فعل مايريد، وحيث لامسود فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد، وقد قام القانون بمهمة تنظيم الحياة الاجتماعية واستئصال أساليب الفوضى في المجتمع وحكم العلاقات بين الأشخاص، فتولت قواعده تحديد ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات للحيلولة دون التعدي والتصادم ررسمت لكل فرد حدًا لايتجاوزه في التمتع بحريته لتهيء للجميع قدرًا من الحرية ومجالاً للنشاط، وهي إذ تفعل ذلك تفعل ذلك إنما تشبع في العلاقات الاجتماعية روح النظام والاستقرار وتضفي على المجتمع جوًا من الوئام والتعاون بين أفراده. يتضح مما سبق، أن المجتمع إذا كان ضروريًا لحياة الإنسان فإن القانون ضروري لقيام المجتمع، وإنه حيثما يوجد المجتمع أيًا كانت صورته يوجد القانون مهما كان مظهره؛ ذلك لأن المجتمع يعني الهيئة المنظمة المكونة من الأفراد، والتي يبدو النظام ركنًا فيها فلا تقوم إلا بتوافره، ولما كان النظام يعني سير الأمور على نسق متماثل مطرد ثابت فإنه لن يتحقق إلا إذا وجدت قواعد موضوعه سلفًا يستهدي بها الأفراد في سلوكهم ويلزمهم احترامها ولو بالقسر عند الاقتضاء.

وإذا كان القانون ضروريًا لقيام المجتمع فإنه ضروري لتطوره وتقدمه؛ ذلك لأن المجتمع لايقنع بحفظ كيانه لضمان بقائه، وإنما يهدف أبدًا إلى تحسين وضعه ورفع مستواه، فالتشبث بالبقاء إذا كان من طبيعة البشر، فإن الميل إلى الارتقاء من جبلته. ولايتحقق التقدم إلا بعون قواعد القانون التي ترسم خطة يسير المجتمع بمقتضاها ويلتزم باحترامها ويضحي من أجلها لإدراك غايته. وهي غاية تحقق للمجتمع تماسك الكيان وأسباب الارتقاء ودواعي الرفاء، نخلص مما تقدم إلى القول، أن القانون وليد الحياة الاجتماعية وأنه يلازم المجتمع في نشوئه ويسايره في تطوره وتقدمه. فهو الحفيظ على كيانه من التصدع، الواقي له من الفوضى والأخذ بيده في مضمار التقدم. واستقرار التاريخ يدلنا على أن القانون اتخذ شكل قواعد يفرزها المجتمع منذ تكوينه لتنظيم العلاقات بين أفراده ويسمى عندئذ عرفًا. حتى إذا ما تعقدت الحياة وتقدمت أو أريد لها تقدمًا ظهر في صور أخرى قد تكون أحكامًا دينية أو نصوصًا تشريعية أو آراء فقهيه أو مقررات قضائية أو قواعد مستمدة من مثل عليا هي مبادئ العدالة والحق، إن القانون أيًا كان مظهره لا غنى عنه في أي مجتمع، واذ كان وجوده ضروريًا في المجتمع القديم للتوفيق بين المصالح المتعارضة ولحماية كيان المجتمع من التفكك الداخلي والعدوان الخارجي فإن وجوده أكثر ضرورة في المجتمع الحديث ليكون وسيلة للحفاظ على النظام الاجتماعي وطريقًا للخدمة العامة وأداة لإدراك القيم الإنسانية وسبيلا لتحقيق العدالة الاجتماعية.



الفصل الثاني

خصائص القاعدة القانونية

تعريف القاعدة القانونية:

لما كان القانون مجموعة قواعد، فإن القاعدة هي مفردة، وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها. وإذا كانت القاعدة أيًا كانت طبيعتها، تعني لغة التنظيم، وتشير إلى النظام الذي تسير عليه الأمور على نسق متماثل مطرد يحتم ترتب حدث معين كلما توافرات ظروف خاصة، سواء كان ذلك في حقل العلوم الطبيعية أو في دائرة العلوم الاجتماعية فإن في الوسع تعريف القاعدة القانونية بأنها: خطاب موجه إلى الأشخاص بصرف النظر عن مصدره، يشعر بترتيب نتيجة معينة على حدوث واقعة معينة ابتغاء ضبط النظام في المجتمع وتحقيق الانسجام بين روابطه. ومع ذلك فإننا نعرف القاعدة القانونية بتعريف آخر يبدو أكثر دقة نستقيه من فكرة القانون التي استخلصنا منها تعريفنا له بمعناه العام. ففكرة القانون التي أوحتها ورسمت معالمها ضرورته تقوم على أساسين. أولهما: التلازم بين القانون وبين المجتمع مما يحتم أن تكون قواعده قواعد سلوك اجتماعية عامة مجردة منظمة كأية قاعدة تحدد سلوك الشخص وتنظم علاقته بغيره من الأشخاص في المجتمع وتتميز بعموميتها وبتجريدها. وثانيهما: التلازم بين القانون وبين الجزاء، على نحو محتم لإدراك غايته في الحياة الاجتماعية، الخضوع لأحكامه وحمل الناس على اتباعه عن طريق القوة المادية التي تملكها السلطة العامة في المجتمع وتهدد بها من يخالف قواعده. ولذلك فإننا نعرف القاعدة القانونية في هدى فكرة القانون بأنها: قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع.

بيان خصائص القاعدة القانونية:

وإذا أمعنا النظر في التعريف الذي سقناه للقاعدة القانونية والذي استقيناه من أساس فكرة القانون امكننا أن نستخلص منه خصائصها. فهي تتصف بالخصائص الاتية:

أولا: إنها قاعدة سلوك اجتماعية، لأنها لصيقة بالمجتمع ولا غنى عنها فيه، ولأنها تحدد سلوك الأفراد وتفرضه عليهم.

ثانيًا: أنها قاعدة عامة مجردة تشيع روح النظام في المجتمع.

ثالثًا: أنها تتوجه بخطابها إلى الأشخاص في المجتمع لتتولى تنظيم روابطهم.

رابعًا: أنها قاعدة ملزمة تتبع قوتها الملزمة مما تقترن به من جزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها.

وإذا كانت دراسة القاعدة القانونية تعتبر أحق مسائل علم القانون بالأولوية في البحث فإن الإلمام بخصائص القاعدة القانونية يعتبر نقطة الانطلاق في دراستها، ولذلك فإننا نبدأ بحثنا بتفصيل هذه الخصائص على التوالي في مباحث متعاقبة، إلا أن مما تجدر الإشارة إليه قبل الولوج في التفصيل، أن من هذه الخصائص مالا تنفرد به القاعدة القانونية بل تتصف به القواعد القانونية وإنما تشاركها فيه سائر القواعد الاجتماعية كحكم سلوك الأشخاص في المجتمع. غير أن من هذه الخصائص ما تتصف به القاعدة القانونية وحدها وتتميز به عن غيرها من القواعد الاجتماعية وهو الإلزام النابع من الجزاء المادي الذي تقترن به القاعدة القانونية وتهدد به السلطة العامة وتفرضه على من يخالفها.

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

نوصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة اجتماعية لأن الحاجة إليها لاتمس إلا إذا وجد مجتمع يعيش فيه الناس وينشطون ويدخلون مع بعضهم في روابط شتى ابتغاء تنظيم الحياة فيه عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام، على النحو الذي فصلناه في تنويهنا عن ضرورة القانون. فهي إذن لاتنشأ إلا إذا وجد المجتمع أيًا كان شكله وإذا كانت الدولة هي الشكل السياسي لمجتمع المعاصر، فإن ذلك لايعني ارتباط وجود القاعدة القانونية بوجود الدولة. فهي أقدم من الدولة وجودًا عرفتها المجتمعات القديمة وهي في شكل أسرة أو رهط أو قبيلة أو مدينة قبل أن ينشأ المجتمع المنظم تنظيمًا سياسيًّا وهو الدولة وعرفها المجتمع القديم فى صورة عرف أو دين قبل وجود الدولة وبروز التشريع.

ويترتب على وصف القاعدة القانونية بأنها اجتماعية أمران. أولهما، الصلة الوثقى بين القانون وبين سائر العلوم الاجتماعية؛ ذلك لأن كلاً من هذه العلوم وليد الحياة الاجتماعية

ومعنى بتنظمها، وكل منها يؤثر في الآخر ويتأثر به وقواعدها جميعًا تتداخل وبعضها من حيث النطاق وتتشابك من حيث الغرض إلى مدى ما.

وثانيها: تخصيص القانون بالزمان وبالمكان ذلك لأن القانون في نشوئه وفي تطوره يستجيب لظروف المجتمع وحاجاته، ويعكس أوضاعه ومشاعره. ولما كانت العوامل المادية والمعنوية التي يجيء القانون في تطوره ثمره تفاعلها تتباين من مجتمع إلى آخر وتتغاير بمرور الزمن، لذلك أصبح لكل مجتمع قانون وضعي يختص به، وأضحى تناول أحكام القانون بالتعديل والتغيير أمرًا لا مفر منه عند تغاير المثل الاجتماعية وتباين الأوضاع المادية عبر العصور وتعني القاعدة القانونية برسم سلوك الأشخاص في المجتمع وتكلفهم بلزوم التقيد بها رسمت وهي في رسمها السلوك لا تقرر ما هو كائن وإنما تحدد ما ينبغي أن يكون. أي أنها لا تعكس واقع سلوك الفرد وإنما ترسم ما يجب أن يكون عليه وفقًا لما تهدف إلى إدراكه من مثل وقيم.

وهي في ذلك تختلف عن القواعد الطبيعية لأن القاعدة التي تحكم ظاهره طبيعية تقرر أمرًا واقعًا لا يرد عليه استثناء وتنبئ عن حدث محتم كلما توافرت أسبابه وظروفه وبسبب ما تقدم توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة تقويمية، أي أنها تقوم سلوك الفرد بفرض ما ينبغي أن يكون عليه، وتحدده في ضوء غايتها وتخضعه لسلطاتها. أما القاعدة الطبيعة فتوصف بأنها قاعدة تقريرية، أي أنها تقرر أمرًا واقعًا لا سلطان لأحد عليه ولا تملك غير التعبير عنه.

وما تحدده القاعدة من سلوك لا تتوجه به إلى الأشخاص على مجمل النصح والدعوة. وإنما على سبيل الأمر أو التكليف فهي تفرضه وتكلف الناس باتباعه دون أن تدع لأحد حرية مخالفته وتختلف في ذلك عن قواعد الأخلاق التي ينطوي بعضها على ما ينبغي على الإنسان التحلي به من قيم تهدف إلى السمو النفسي على سبيل التفضيل والترغيب.

و ما تقضي به القاعدة من تكليف يكون تكليفًا مطلقًا لا تكليف شرطيًا. والتكليف المطلق هو ما لا يترك للمكلف خيارًا بين الطاعة وبين تحمل الجزاء، أما التكليف الشرطي فيعني تكليفًا باتخاذ وسيلة معينة يوجه إلى من يريد بلوغ نتيجتها المعينة. فالقاعدة التي تحدد عقوبة السرقة تتضمن تكليفًا مطلقًا لا يكون الجزاء فيها شرطًا للتكليف. فهي لا تترك للشخص خيارًا بين الامتناع عن السرقة وإطاعة التكليف وبين الحق في ارتكاب جريمة السرقة وتحمل الجزاء، وإنما يرد التكليف على الجميع سواء من نوى منهم إطاعتها ومن قصد مخالفتها: ويكون الجزاء عندئذ وسيلة لاحترام التكليف بعد فرضه ويترتب على مخالفته والقول بغير ذلك يقضي إلى نتيجة لا يقرها القانون وتأباها طبيعة المخالفة؛ لأن القول بالخيار بين التكليف وبين تحمل الجزاء إذا

اعتبر الجزاء شرطًا للتكليف، مؤد إلى حرية مخالفة القانون وإلى تعذر وصف المخالفة بأنها عمل غير مشروع، وفي ذلك تختلف القاعدة القانونية عن القاعدة الطبيعية التي تنطوي على تكليف شرطي: فالقاعدة الطبيعية التي تقرر أن الماء يغلي في درجة حرارة معينة لا تنطوي في الأصل على تكليف بشيء غير أن على من يريد أن يغلي الماء رفع الحرارة إلى درجة الغليان، وبذلك تكون إراده النتيجة شرطًا للتكليف ويلاحظ أن التكليف المطلق الذي تفرضه القاعدة القانونية ينصب على الكافة أفرادًا أو رجال السلطة العامة إلا أن رجال السلطة يتحملون تكليفًا مطلقًا إضافيًا يتفرع من التكليف الأصلي لضمان احترامه هو توقيع الجزاء على مخالفة.

وما تنطوي عليه القاعدة القانونية من تكليف بسلوك معين قد يستفاد منها صراحة وقد يستخلص فرضها للسلوك ضمنًا. فيستفاد التكليف صراحة إذا أوحت صيغتها بأنها تفرض سلوكًا معينًا. كأن تتضمن القاعدة إباحة فعل كالقاعدة التي تقرر الحريات العامة لأفراد الشعب أو تتضمن أمرًا بفعل كالقاعدة التي تلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته، أو نهيًا عن فعل كالقاعدة التي تنهى عن ارتكاب الجريمة الجنائية وتحدد عقوبة ارتكابها: ويستخلص التكليف ضمنًا، إذا كانت صيغة القاعدة لا توحى بفرض السلوك ويخفى التكليف فيها لأنها لا تتضمن إباحه أو أمرًا أو نهيًا إلا أن التكليف يستفاد من مضمونها. كالقاعدة التي تحدد سن الرشد والقاعدة التي ترسم إجراءات التقاضي فيهما يخفى التكليف ولكنه يستنتج مما تنطويان عليه من مضمون استنتاجًا ذلك لأن القاعدة الأولى تعني أن كل من لم يبلغ سن الرشد يعتبر قاصرًا وعلى الناس مراعاة ذلك في تعاملهم معه لاحتمال تعرض حقوقهم للضياع ولأن القاعدة الثانية تفيد أن على القاضي واجب مراعاة هذه الإجراءات وإلا طعن في حكمه وأن على المتقاضين واجب استيفائها وإلا خسروا دعاواهم، وتسمى القواعد التي يستخلص فرضها للسلوك بالقواعد المقررة. لأنها تقرر أحكامًا معينة عند توافر شروط خاصة دون أن تجيء في صيغتها آمرة أو ناهية أو منحية قد يدق تصور التكليف في طائفة أخرى من القواعد تسمى بالقواعد المفسرة أو المكملة للإرادة. وهي القواعد التي لايعمل بأحكامها عند الاتفاق على خلافها كالقاعدة التي تقضي باستحقاق الوفاء بالثمن في مكان تسليم المبيع والقاعدة التي تفرض على المؤجر إجراء الترميمات الضررية في العين المؤجرة أثناء مدة الإجارة، اللتين يجوز اتفاق المتعاقدين على استبعاد تطبيقهما والواقع أن هذه القواعد لا تخلو من التكليف وهو تكليف غير صريح إلا أنه يقتصر على من لايتفق على استبعادها فإن استبعدت باتفاق الطرفين أهمل العمل بها وتحرر الطرفان مما تنطوي عليه من تكليف وتسلك قواعد القانون في رسمها سلوك الأشخاص في المجتمع سبيلين:

أحدهما سلبي، وثانيهما إيجابي. أما السلبي فتسلكه طائفة من القواعد التي تفرض على الأشخاص واجب الامتناع عن أفعال تلحق بالغير ضررًا أو تعرقل نشاطه وتسمى بالقواعد المانعة أو الواقية كالقواعد التي تحرم كلا من القتل والامتناع عن تسلم المبيع والبناء على مقربة من ملك الجار. وأما السبيل الثاني: فتنهجه جملة من القواعد التي تحث الأفراد على التضحية لمصلحة الآخرين وتحفزهم للإسهام في تمكين الغير من شق طريقه في الحياة ابتغاء تحقيق التوازن والوئام الاجتماعي: كالقاعدة التي تفرض على الابن الإنفاق على أبيه المعوز أو التي تفرض الضرائب على الثروات المكتسبة لتكوين موردًا للدولة وتسمى هذه القواعد التي أخذ عددها بالتكاثر ودورها بالتعاظم في المجتمع المعاصر بفضل تسامي الوعي الاجتماعي بالقواعد الحافزة.

يفهم مما تقدم أن القاعدة القانونية تنطوي أبدًا على رسم سلوك معين وتكليف مطلق للناس باتباعه، وأن غرضها من ذلك الحد من نشاط الأشخاص إقرارًا للنظام في المجتمع وتحقيقًا للانسجام والوئام فيه. سواء بأن التكليف والأمر صريحًا في الصيغة أو استخلص من المعنى، وسواء كانت القاعدة آمرة أو مفسرة أو مكملة للإرادة وسواء وقف القانون حيال سلوك الناس موقفًا سلبيًا أو تسلك سبيلاً إيجابيًا: وغني عن الذكر، أن وصف القاعدة القانونية بأ.ا قاعدة سلوك اجتماعية صفة لاتحتكرها قواعد القانون بل توصف بها جميع القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين وقواعد الأخلاق: لأن القواعد الاجتماعية كافة وليدة الحياة في المجتمع لصيقة به، ولأنها جميعًا تفرض على الناس سلوكًا معينًا وتحاول في فرضها تقويمه.

المبحث الثاني

القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

لما كانت القاعدة القانونية تهدف إلى إقامة النظام وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع فإن ذلك لا يمكن إدراكه إلا إذا اتسع حكمها ليشمل جميع ما تواجهه من فروض وليستوعب في التطبيق مختلف الحالات الفردية التي يستحيل حصرها والتي توجد في الحال وفي الاستقبال. ولكي تكون كذلك ينبغي أن تكون عامة مجردة. والعمومية والتجريد صفتان متلازمتان، بل هما وجهان لخاصة واحدة وإن أمكن القول أن التجريد يتعلق بالفرض الذي تتضمنه القاعدة القانونية وإن العمومية تتعلق على تطبيق الحكم الذي رتبته القاعدة على

الفرض لأن القاعدة القانونية تتحلل إلى عنصرين هما الفرض والحكم.

أما العمومية فتعني إلى القاعدة القانونية تصاغ بصيغة تعميم تستوعب بها ما تواجهه من فروض وحالات غير متناهية، فلا تتناول بالذكر شخصًا معينًا باسمه وفعلاً محددًا بذاته بل تحدد مايجب تحققه من صفة في الشخص لتطبق عليه ومايجب استيفاؤه من شروط في الفعل ليسري عليه مضمونها فهي لا تستهدف في التطبيق شخصًا بعينه أو فعلاً بذاته بل تنطبق على كل من توافرت فيه شروط انطباقها.

وتكون القاعدة عامة متى انطبقت على أفراد المجتمع كافة. فالقاعدة التي تعاقب السارق بالحبس والقاعدة التيْ تنظم المرور في الطرق العامة والقاعدة التي تحدد التزامات البائع والمشتري في عقد البيع قواعد عامة لانصراف حكمها إلى الكافة بصرف النظر عن الجنس والاسم والمركز: غير أن عمومية القاعدة لا تقتضي وجوب سريان حكمها في حق الناس جميعًا، لأن العبرة ليست بعدد من تتوجه إليه القاعدة بخطابها وإنما بصفة من تنصرف إليه.

فقد تكون القاعدة عامة وإن اقتصرت في التطبيق على فئة من الأشخاص أو على طائفة من الأعمال تعينت بمجموعة أوصاف أو شروط: فالقواعد التي تنظم ممارسة مهنة الطب أو المحاماة أو التي تنظم شؤون العمال أو التي تسري على الطلبة أو العسكريين أو التجار قواعد عامة وإن انطبقت على فئة من الأشخاص ما دامت هذه الفئة محددة بالوصف فهي تسري على كل من اتصف بصفة الطبيب أو المحامي أو العامل أو الطالب أو العسكري أو التاجر، دون أن تتوجه بالتكليف إلى أشخاص معينين بالذات والقواعد التي تحكم إصابات العمل أو التي تحكم حوادث الدهس قواعد عامة وإن انصبت على طائفة من الأعمال، مادامت هذه الأعمال لم تحدد بعينها وإنما بمجموعة شروط تطلبت القاعدة توافرها لسريان حكمها فتحققت فيها.

وقد لا تنطبق القاعدة إلا على شخص واحد وتعتبر عامة، متى كان هذا الشخص مقصودًا بوصفه لا بذاته فالقاعدة التي تحدد حقوق رئيس الجمهورية أو صلاحيات رئيس الجامعة قاعدة عامة وإن سرت على شخص واحد، لأنها لا تنطبق عليه باعتباره ذاتًا معينة وإنما لاتصافه بصفة تعلق بها حكمها، فهي تسري عليه وعلى كل من اتصف بصفته وتبوأ مركزه من بعده يتضح مما تقدم أن القاعدة تكون عامة متى انصرف حكمها إلى جميع الأشخاص في المجتمع أو إلى فئة منهم توافرات فيهم ما حددته القاعدة من صفة خاصة أو إلى واحد منهم قصدته القاعدة بصفته لا بذاته فاتصف بالصفة التي تعلق بها حكمها.

أما إذا تعلق حكم القاعدة بشخص معين باسمه أو اختص بحالة معينة دون سواها، فإن صفة العمومية تزايلها وتنتفي منها، فلا تعتبر قاعدة قانونية بل ولا يصح اعتبارها قاعدة؛ لأن العمومية من صفات القاعدة أيا كانت طبيعتها، وإنما تطلق عليها تسميات أخرى تختلف باختلاف مصادرها. فقد تسمى قرارًا أو أمرًا وغيرها من التسميات كالقرار الصادر من السلطة المختصة بفصل موظف أو بتعطيل صحيفة، وكالأمر الصادر من مجلس بلدي بهدم جدار يكاد أن ينقض، وكالحكم القضائي الصادر من محكمة بإلزام شخص معين بدفع تعويض لشخص آخر ألحق به ضررًا.

وجدير بالذكر أن من فقهاء القانون الخاص من رأى أن صفة العمومية ليست صفة جوهر في القاعدة القانونية وأن افتقادها في قاعدة لا يوجب استبعادها من دوائره القانون: وقد احتجوا في ذلك بما أقدم عليه بعض المشرعين من إصدار قوانين تتعلق بشخص معين بذاته كمنح راتب تقاعدي لشخص تعين بالاسم أو تتعلق بفعل محدد بعينه كقرض لبناء سكة حديد ولكن أغلب فقهاء القانون الخاص لم يقر هذا الرأي إذ تعتبر العمومية في نظرهم من الخواص الأساس في القاعدة القانونية، ووراء أن ما صدر من المشرعين مما يتعلق حكمه بشخص معين بذاته أو بفعل محدد باسمه لا يعتبر قانونًا في صورة تشريع وإن حمل اسم القانون وصدر من السلطة التشريعية ونشر في جريدة الدولة الرسمية لأنه يفتقد العنصر الموضوعي في التشريع وهو خصائص القاعدة القانونية ومنها العمومية وإن توافر فيه العنصر الشكلي أي إجراءات سن التشريع ونفاذه. ولذلك فهم يطلقون عليه اسم العمل التشريعي[1] الذي هو نوع من الأوامر وإن تميز عنها بصدوره من السلطة التشريعية.

وذهب بعض الفقهاء[2] إلى القول أن الصفة التي يتعلق بها حكم القاعدة يجب أن تنطوي على إمكان تطبيق القاعدة في الحال وفي الاستقبال كي يكون حكمها عامًا يسري على عدد غير محصور من الأشخاص أما إذا اتخذت الصفة في القاعدة ستارًا بخفي وراءه طائفة من الأشخاص المعنيين بذواتهم وكانت وسيلة لتيسير حصرهم، فإن صفة العمومية تنتفي منها ولا تعد عندئذ في رأيهم قاعدة قانونية وإنما تعتبر قرارًا أو أمرًا:

ومن الأمثلة على هذه القرارات والأوامر التي تحمل اسم القانون بغير حق في رأيهم

(١) منهم: كابيتان وكولان انظر محمد كامل مرسي وسيد مصطفى في أصول القوانين ص ١٩٠.

(٢) انظر حسن بغدادي المدخل للعلوم القانونية ص ١٨.

القوانين التي تقتضي بزحف الراسبين من الطلبة في عام دراسي معين واعتبارهم ناجحين إلى صفوف أعلى والقوانين التي تصدر بترفيع المغبونين من الموظفين في تاريخ معين وترفيعهم إلى درجات أرقى. ذلك لأن هذه القوانين وإن اعتدت في ظاهرها بالصفة لا بالذات كصفة الطالب الراسب وصفة الموظف المغبون. إلا أنها اتخذت من الصفة وسيلة التحديد وتوجهت في الحقيقة إلى أشخاص محددين بذواتهم يمكن حصرهم بوسيلة الصفة التي حددتها وبذلك فإن تطبيقها يقتصر على الحال دون أن يمتد إلى الاستقبال على نحو ينفي صفة العمومية منها.

ونرى أن الأمر منوط بالنظرة إلى طبيعة القانون، فإن اعتبر مشيئة صادرة من سلطة سياسية علىا، وهو رأي تنادي به المذاهب الشكلية، كانت العبرة بمشيئة السلطة وتسميتها لما تصنع، سواء تميز ما وضعته بالعمومية أو اختص بشخص معين بذاته أو كانت الصفة ستارًا يخفي طائفة من الأشخاص المعنيين بذواتهم. أما إذا تسيدت المذاهب الاجتماعية أو الموضوعية مجال تحديد طبيعة القانون وجب توافر العنصرين الموضوعي والشكلي ولزم تحقق العمومية بمعناها الدقيق فيما تضعه السلطة كي يعتبر قانونًا. وتقوم بين القاعدة القانونية وبين كل ما يتضمن تكليفًا خاصًا أو حكمًا لواقعة معنية بالاسم مما اصطلح على تسميته بالأمر أو القرار والحكم فروق ثلاثة: أما أولها فقد توليناه تفصيلا فيما سبق وهو تميز القاعدة القانونية بالعمومية أي بسريان حكمها في الحال وفي الاستقبال على عدد غير محصور من الأشخاص والحالات الذين تتوافر فيهم ماتحدده من صفات أو شروط، وتعلق حكم القرار وأشباهه بأشخاص معينين بذواتهم أو بوقائع محددة بأسمائها مما يجرده من صفة العمومية وثانيهما أن القاعدة القانونية لاتستنفذ قوتها إذا طبقت مرة على شخص ما أو على واقعة معينة، وإنما يتكرر العمل بها كلما توافرت شروط تطبيقها في الحال وفي الاستقبال ويسري مفعولها على جميع الحالات المتماثلة ما دامت قائمة نافذة أما القرارات والأوامر وأشباهها فتفقد قوتها بمجرد تطبيقها مرة واحدة على من اقتصر عليه حكمها من الأشخاص أو على ما انصب عليه مفعولها من الوقائع ولا يمكن أن يتجدد العمل بها. أما الفرق الثالث فهو أن القاعدة القانونية تعتبر أساسًا لما يصدر من قرارات وأحكام والتي تعتبر في الغالب تطبيقات لها وإن جاز أن تقتضي بأمر يكون استثناء من حكمها كما هو الشأن في بعض صور العمل التشريعي فالقرار الصادر بعزل موظف يصدر استنادًا إلى قانون الخدمة المدنية أو إلى غيره من القوانين، والحكم الصادر من القضاء يجيء تطبيقًا لقواعد القانون المدني أو لغيرها من قواعد القانون، والأعمال

التشريعية قد تبدوا تطبيقًا لقواعد القانون وقد تصدر لاستثناء وضع معين من حكمها.

أما التجريد وهو الصفة الملازمة للعمومية فيعني في رأي بعض الفقهاء[1] تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى وعدم إيثارها شخصًا معينًا أو سعيها لحماية وضع معين، كضمان ضد الانحراف والتحكم، إلا أننا لا نرى هذا الرأي بل نعرف التجريد بأنه: سمو حكم القاعدة على التفضيلات وغضها النظر عن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليها جميعًا[2] وحجيتنا فيما نرى أن القاعدة القانونية تصدر لتتوجه بالتكليف إلى أشخاص لا حصر لعددهم وتحكم حالات غير متناهية في تعدادها، مما يقتضي أن يستوعب حكمها فروضًا واحتمالات لا تقيل الحصر سواء ما كان منها قائمًا وقت صدورها أو ما يستجد منها في المستقيل وهذا أمر لا سبيل إلى ضمانه إلا إذا عنيت القاعدة بالوضع الغالب وقدرت ما تتوجه به من تكليف بمعيار موضوعي لا شخصي والوضع الغالب هو الظروف المشتركة بين مجموعة لا حصر لها من الأشخاص والوقائع والمعيار الموضوعي هو الاهتمام بما يتعلق بعموم الصفة من ظروف واعتبارات دون الاكتراث بالظروف التفصيلية والاعتبارات الخاصة بشخص معين بذاته أو بواقعة بعينها.

والحق أن التجريد والعمومية صفتان متلازمتان ووجهان لخاصة واحده من خصائص القاعدة القانونية لا سبيل إلى فصلهما عن بعض ذلك لأن القاعدة القانونية يجب أن تكون مجردة لا تعنى بالتفصيلات ولا تنزل إلى دقائق الظروف لكي تكون عامة. لأنها متى جاءت مجردة مكترثة بالظروف الجوهرية فحسب أمكن انصراف حكمها إلى مجموعة من الوقائع والأشخاص في الحال وفي الاستقبال تستعصي على الحصر وكانت العبرة في تطبيقها بعموم الصفة لا بتخصيص الذات. والواقع أن توافر صفة العمومية في القاعدة رهن بوضعها في صيغة مجردة. لأن تطبيقها على مجموعة متماثلة من الحالات وعلى طائفة من الأشخاص تتشابه ظروفهم، يقتضي ألا تعبأ القاعدة إلا بالجوهر من الظروف وبالأساس من الاعتبارات التي تحيط بمن يسري عليهم حكمها والتي تقتضي ترتب الأثر القانوني. أما الظروف القانونية والاعتبارات غير الرئيسة التي تلم بالأشخاص والتي لا تؤثر على النتائج القانونية المترتبة على الوقائع فينبغي أن لا تكترث القاعدة بها لكي توصف بالعمومية. لأن اهتمامها بها يجعل

(١) انظر: شمس الدين الوكيل. المدخل لدراسة القانون ص١٦.

(٢) ونوافق فيما ذهبنا إليه فريقا من الفقهاء. انظر: سليمان مرقس. موجز المدخل للعلوم القانونية ص ١٢.

تطبيقها على مجموعة من الأشخاص أمرًا متعذرا بسبب استحالة تحقق التشابه بالظروف التفصيلية والاعتبارات الثانوية لأن ذلك يقتضي وضع قاعدة آمرة لكل حالة على حدة ما دام الأشخاص لا يتشابهون فيها ولكل ظروفه الثانوية الخاصة. وعندئذ تبدو القاعدة غير المجردة متوجهة بما تضمنته من تكليف إلى شخص معين بالذات فتنتفي منها صفة العمومية وتخرج من عداد قواعد القانون بل وتخرج عن زمرة القواعد لأن العمومية والتجريد خاصة واحدة تتصف بها القاعدة أيًا كانت طبيعتها ومهما كان مصدرها. وواضح أن التلازم بين العمومية وبين التجريد كما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين تتوجه إليهم القاعدة بالتكليف يصدق بالنسبة إلى الوقائع التي ينصرف إليها التكليف، فتبدو القاعدة القانونية عامة مجردة بالنسبة إلى أشخاصها وموضوعها معًا.

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها أثران أولهما: انطواؤها على معنى النظام الذي تشيعه في المجتمع وثانيهما: اقتصار هدف القانون على تحقيق العدل وليس تحقيق العدالة.

أما النظام: فيعني السير على نسق متماثل مطرد. ويعني الاطراد: التكرار المستمر في التطبيق وينصرف معنى الاستمرار إلى الثابت في التطبيق لا إلى الدوام ويفيد معنى الثبات السير بمقتضى القاعدة على نحو غير متقطع مادامت قائمة نافذة دون الانحراف عن حكمها وعليه فإن النظام يعني السير على نسق متماثل متكرر غير متقطع في التطبيق. والنظام ينبع من عمومية القاعدة وتجريدها، لأن هذه الخاصة تفيد توجه القاعدة بالتكليف إلى كل من توافرت فيه صفة معينة من الأشخاص وانصراف التكليف إلى كل حالة تحققت فيها شروط معينة في الحال وفي الاستقبال على نحو لا يقبل الحصر وعلى نسق متماثل وانطباقها على الوقائع المتماثلة ظروفها والأشخاص المتشابهة صفاتها بصورة متكررة متماثلة غير متقطعة يكسبها صفة النظام الذي يفيض منها في الحياة الاجتماعية وصفة النظام هذه هي التي تجمع بين قواعد القانون وبين طوائف أخرى من القواعد تحكم الظواهر الطبيعية أو المظاهر الاجتماعية وهي السبب في إطلاق لفظ القانون على كل طائفة من هذه القواعد. إلا أن اللفظ يطلق على هذه الطوائف من القواعد على سبيل المجاز، وذلك للتباين الواضح من حيث الطبيعة وأكثر الخصائص بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد مما سنشير إليه في فصل تال. والواقع أن كل قاعدة عامة في تطبيقها متجردة في حكمها تكون منظمة بوظيفتها أي أنها تنطوي على معنى النظام وتشيعه فإن لم يطرد تطبيقها أي وقع على نحو غير متكرر متقطع أو اطرد تطبيقها على نسق غير متماثل تجردت من صفه النظام واختلت فيها خاصة

العمومية والتجريد وخرجت من دائرة القانون واستبعدت من دائرة القواعد، ولن تسمى عندئذ قاعدة.

أما ثاني الأثرين: فهو أن صفة العموم والتجريد تقضي إلى قصر هدف القانون على تحقيق العدل (justise) دون تحقيق العدالة (equite) إلا إذا بدا القانون في صورة دين والحق أن كلاً من العدل والعدالة يقوم على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل مساواة مجردة تعتد بالوضع الغالب دون اكتراث بتفاوت الظروف الخاصة بالناس وباختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فمساواة واقعية تقوم على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة إلى الحالات المتماثلة شروطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم متى تحقق التماثل بين هذه الحالات أو بين هؤلاء الأشخاص في جزئيات المسائل والظروف التفصيلية الخاصة ففكرة العدل تعني المساواة المجردة أما فكرة العدالة فتنطوي على معنى الإنصاف والإنصاف يعني وضع الحلول لسريانها على الأشخاص ولتطبيقها على الحالات مع مراعاة البواعث الخاصة والاهتمام بدقائق الظروف وجزئيات المسائل. وإذا كان في وسع القانون تحقيق العدل إلا أنه يعجز عن تحقيق العدالة لسببين: أولهما: أن قواعده توضع لتسري على جميع الحالات القائمة والمستقبلية، ومن المستحيل أن تستوعب قواعده العامة المجردة جميع الفروض والاحتمالات المقبلة، لعجز واضعها عن التنبؤ بما سيجد في المستقبل من ظروف خاصة أو جزئيات على نحو محيط دقيق وثانيهما: أن الاكتراث بالظروف الخاصة وجميع المسائل الجزئية أمر يتعارض وما يرمي القانون إلى تحقيقه من نظام وتجانس في المجتمع ذلك لأن إقرار النظام وإشاعة التجانس يتحققان عن طريق الموازنة بين المصالح المتضاربة والحريات المتصادمة والاعتداد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية وهذه الموازنة تفترض وجود ظروف خاصة ومسائل جزئية تشذ عن الوضع الغالب ليقوم القانون بالتوفيق بينها. ولولا التسليم بوجودها وبقائها لما كان للقانون دور في الموازنة والتوفيق.

المبحث الثالث

القاعدة القانونية خطاب يوجه إلى الأشخاص لتنظيم روابطهم

اتضح لنا من قبل أن الإنسان اجتماعي بطبعه يضمه أبدًا مجتمع يعيش فيه مع أفراد جنسه وإن نشوء العلاقات الاجتماعية أمر لابد منه وإن نشوأها يحتم وجود قواعد تتولاها بالتنظيم وإن أنواعًا مختلفة من القواعد تكفلت بتنظيمها تقف في مقدمتها قواعد القانون وقواعد

الدين وقواعد الأخلاق وقواعد العدالة، وعليه فإن قواعد القانون لا تعدو أن تكون نوعًا من أنواع القواعد التي عنيت بتنظيم الروابط الاجتماعية وإن بدت في وقتنا الحاضر أهمها أثرًا.

ويقصد بالرابطة أو العلاقة الاجتماعية التي يعنى القانون بتنظيمها العلاقة الظاهرة التي تنشأ بين الأشخاص في المجتمع والتي يجيز المجتمع للقانون تنظيمها لذلك فإن تحديد ما يخضع لحكم القانون من روابط يقتضينا سوق الملاحظات الآتية:

أولا: لا تتناول القاعدة القانونية بالتنظيم إلا نوعًا واحدًا من أنواع ثلاثة من الواجبات التي يتحملها الإنسان في حياته، وهي واجبة نحو ربه وواجبه حيال نفسه وواجبه تجاه غيره، فهي لا تحكم إلا واجب الفرد قبل غيره ممن يدخل وإياهم في علاقات اجتماعية، أما واجب الفرد نحو ربه فتتكفل بحكمه قواعد الدين وأما واجب الفرد نحو نفسه من صدق النية وطهارة الضمير وعفة الفكر والنفس فتتكفل بحكمه قواعد الدين وقواعد الأخلاق.

ثانيًا: وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بحكم واجب الإنسان قبل غيره، فإن هذا الغير لا يتصور أن يكون جمادًا ولا يجوز أن يكون حيوانًا. فلا يعبأ القانون بتنظيم علاقة الإنسان بالجماد أو الحيوان، لأن القانون لا ينظم إلا العلاقات الاجتماعية وهي العلاقات التي تنشأ بين أعضاء المجتمع، ومثل هذه العلاقة لا توصف بأنها اجتماعية وإذا كانت هناك ثمة قواعد تبدو في ظاهرها وكأنها تنظم العلاقة بالحيوان، كالقاعدة التي تحرم صيد الحيوان في موسم معين، أو فى منطقة معينة أو القاعدة التي تنهى عن القسوة في معاملته، إلا أنها في حقيقتها تنظم العلاقة بين الأشخاص وهي علاقة اجتماعية: فهي تحكم العلاقة بين من توجهت إليه القاعدة بخطابها وبين غيره من الأشخاص ممن يتأذى في شعوره إذا عومل الحيوان بقسوة أو يضار في كسبه ومورد رزقه إذا استمر الصيد خلافًا لحكم القاعدة وتعرض الحيوان للانقراض.

ثالثًا: وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بتنظيم الروابط مع الغير فإن هذا الغير لا يشترط فيه أن يكون إنسانا وإنما يجب أن يكون شخصًا لأن العلاقة الاجتماعية التي يتولى القانون حكمها هي العلاقة بين الأشخاص في المجتمع البشري، وجدير بالذكر، أن الشخصية ليست مرادفة للآدمية فالآدمي هو الإنسان أما الشخص فهو كل من كان صالحًا لثبوت الحقوق له وترتب الواجبات عليه. فلا تلازم بين الشخصية التي تعرف أيضًا باسم أهلية الوجوب وتعني الصلاحية لثبوت الحقوق وترتب الواجبات وبين الآدمية فقد يكون الآدمي شخصًا ويسمى الشخص الطبيعي وقد يتجرد من الشخصية كالرهبان في المذهب الكاثوليكي

المسيحي والرقيق في ظل القوانين التي سمحت بوجود نظام الرق وكالمحكوم عليه بعقوبة النفي في ظل القوانين الجنائية القديمة ومنها القانون الفرنسي القديم. وإذا جاز أن لايعتبر الآدمي شخصًا فإن الشخص قد لا يكون آدميًا ويسمى عندئذٍ الشخص المعنوي أو الحكمي والشخص المعنوي قد يكون مجموعة من الأشخاص الطبيعيين تظافروا لتحقيق غرض معين وأضفى القانون على مجموعهم الشخصية المعنوية كبعض الجمعيات والشركات وقد يبدو في صورة مبلغ من المال رصد لتحقيق غرض وأسبغ القانون عليه الشخصية المعنوية كما هو شأن بعض المؤسسات المالية ومنها المصارف.

رابعًا: ومع أن قواعد القانون لا تحكم إلا واجبات الشخص قبل غيره،ومن أشخاص مجتمعه ولا تنظم إلا الروابط بين الأشخاص في المجتمع إلا أنها لا تعنى إلا بحكم ما يعبر عنه السلوك الخارجي للشخص دون اكتراث بما يكمن في نفسه من نوايا ما لم تبرز إلى الوجود وتتخذ مظهرًا اجتماعيًا أو يدل عليها في الأقل دليل خارجي فما يستقر في النفس من أحاسيس ونوايا لا شأن للقانون به ما ظل في حيز الضمير ولا يتدخل القانون إلا إذا خرجت كوامن النفس إلى العالم الخارجي عن طريق الإفصاح عنها بمظهر اجتماعي كقول أو فعل وعليه فإن القانون لا يعبأ بالنية إلا إذا عبر عنها بتصرف خارجي وإذا حدث اهتم القانون بها لا لذاتها لأنه لا يحفل بالنية المجردة وإنما ليدخلها في اعتباره حينما ينظم سلوك صاحبها الخارجي فإذا نوى شخص قتل غيره خرجت هذه النية مع حكم القانون إذ لا شأن له بها لا يتخذ مظهرًا خارجيًا لأنه لا سبيل له إلى الكشف عن النوايا وإماطة اللثام عن الخبايا أما إذا أفصح عن النية بتصرف خارجي ووقع القتل فعلاً اهتم القانون بالنية لا ليعتبرها جريمة في حد ذاتها وإنما ليعدها عنصرًا من عناصر الجريمة التي اتخذت مظهرًا اجتماعيًا فمن بيت النية قبل وقوع جريمة القتل اعتبر قاتلا مع سبق الإصرار وعوقب بالإعدام ومن توافرت لديه النية وقت ارتكابها اعتبر قاتلا عمدًا وعوقب بالسجن أو الحبس والخلاصة أن القاعدة القانونية قاعدة تهدف إلى ضبط وتحقيق الانسجام في المجتمع ولما كان هذا الأمر يعتبر حدثًا خارجيًا فإن التنظيم المفروض لتحقيقه يكون بدوره خارجيًا ولذلك ترقى الاعتبارات المادية على الاعتبارات النفسية أو الفكرية في تطبيق القاعدة القانونية، فلا تتدخل القاعدة إلا إذ وقع التصرف واتخذ الفعل مظهرًا اجتماعيًا وإذا حدث ذلك نفذت القاعدة إلى دائرة الضمير أو التفكير وأخذت الاعتبار النفسي أو الفكري في حسبانها واعتدت به كعنصر من عناصر الفعل الخارجي في حكمها للسلوك.

خامسًا: وإذا كانت قواعد القانون لا تكترث بالنوايا ما ظلت كامنة في النفس فإنها لا تحكم كذلك ما يقدر المجتمع بتأثير من مدى تغلغل القيم الروحية والأدبية فيه صعوبة إلزام الناس باتباعه وتعذر توقيع الجزاء عند مخالفته فقواعد القانون في المجتمع المعاصر لا تلزم الأشخاص بالتحلي ببعض القيم الخلقية من صدق ومروءة وشهامة ووفاء ولا تفرض الجزاء على من تجرد منها إلا إذا تسبب ذلك في الإضرار بالغير. وهي إذ تقف هذا الموقف تجاري وضع المجتمع المعاصر وتسترشد بمثله وتعكس شعوره بما يولد قسر الناس على الالتزام بهذه القيم من ضيق وعنت ولا ريب في أن المجتمع كلما سما روحيًا كلما ضاقت الشقة بين قواعد الأخلاق وبين قواعد القانون، وكلما انضوى قدر أكبر من القيم الخلقية تحت لواء القانون.

سادسًا: وأخيرًا فإن القاعدة القانونية لا تحكم إلا ما يجيز لها المجتمع تنظيمه من علاقات اجتماعية بتأثير مما يسود المجتمع من تيارات أو نزعات فكرية وأبرز هذه النزعات الفكرية التي تلعب دورًا هامًّا في تحديد وظيفة القانون ونطاقه نزعتان تتسيد الفكر المعاصر، هما النزعة الفردية والنزعة الاشتراكية فإذا تشبع المجتمع بالنزعة الفردية ضاقت دائرة القانون وخرجت عن حكمه مجموعة كبيرة من العلاقات الاجتماعية لأن مهمة القانون تقف عند حدود إقرار الأمن وحفظ الكيان ومنه الاعتداء على الحقوق، وإذا تسيدت النزعة الاشتراكية مجتمعًا ما اتسع نطاق القانون وبسطت قواعده سلطانها على أكبر قدر ممكن من الروابط الاجتماعية، لأن وظيفة القانون عندئذ لا تقتصر على مهمته في ظل النزعة الفردية بل تجاوزها، ليكون القانون طريقًا للخدمة العامة ووسيلة لتحقيق العدل التوزيعي وأداة لرسوخ التضامن والوئام الاجتماعيين وسنفصل آثار هاتين النزعتين في باب خاص نعقده للكلام في وظيفة القاعدة القانونية يفهم مما تقدم بيانه من ملاحظات أن القاعدة القانونية في حكمها للروابط الاجتماعية لا تعنى إلا بحكم الروابط بين الأشخاص في المجتمع وأنها إذ تعنى بتنظيم هذه الروابط تعجز عن حكمها جميعًا. إذ تخرج عن دائرة سلطانها كل من النوايا المجردة الكامنة في النفس وطائفة من القيم الخلقية التي يقدر المجتمع تعذر إلزام الناس بالتحلي بها لما ينطوي عليه ذلك من حرج وضيق ومجموعة الروابط التي تأبى النزعة الفردية خضوعها سلطان القانون ولذلك يتسنى القول أن القاعدة القانونية لا تحكم على اعتبارها خطابًا موجهًا إلى الأشخاص في المجتمع إلا طائفة من روابطهم وتخرج عن حكمها طوائف أخري.

المبحث الرابع

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة

ما كان الغرض من وجود القاعدة القانونية تنظيم الحياة في المجتمع عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام وإقرار العدل فيه، ولما كان مضمون القاعدة القانونية يحد من سلطة الشخص ويرسم له ما يجوز له من سلوك وما يمتنع عليه، ولما كانت مخالفة هذه القاعدة أمرًا محتملاً لما للناس من إرادة حرة تمكنهم من الانصياع لحكم القاعدة أو عصيانها فإن الغرض منها لن يدرك والامتثال لها لن يضمن إلا إذا انطوت على عنصر الإجبار المادي الجماعي ويعني ذلك أن يكفل المجتمع احترامها عن طريق إجبار مادي يلزم الناس ويحملهم على اتباعها ولهذا توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة.

وإلزام القاعدة القانونية يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة.

أولها: أنه ينبغي على الأشخاص احترامها رغمًا عنهم وقسرًا لا أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم.

ثانيها: أن قسر الأشخاص على اتباعها لا يضمن إلا إذا اقترنت بجزاء مادي (sanction) يفرض على مخالفتها لأنها لو خلت من الجزاء المادي لأضحت مجرد دعوة أو نصيحة (invitation conceil) وما تهدف قواعد القانون إلى إدراكه لا ينطوي على معنى التوجيه والنصح وإنما يفيد القسر والتكليف.

ثالثها: أن ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق إلا إذا تدخلت السلطة العامة فتكفلت به والسلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها ولذلك يجيء تدخلها واجبًا مشروعًا.

واقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة على مخالفيها هو الوصف الذي تنفرد به وتتميز به عن غيرها من القواعد التي تعنى برسم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين الفردي وقواعد الأخلاق ومادام الجزاء القانوني هو الذي يسبغ على القاعدة القانونية صفة الإلزام فيجعلها واجبة الاتباع وهو الوسيلة التي تضمن بها الدولة احترام

قوانينها وإدراك غاياتها فيحسن بنا أن نحدد معناه وطبيعته وأن نذكر شروطه وأوصافه وإن نشير إلى أنواعه وإن نتبين مدى ضرورته وأن نعين السلطة المناط بها تطبيقه وستتكلم في جميع هذه الأمور بإيجاز في فقرات متتالية.

معنى الجزاء القانوني وطبيعته:

يقصد بالجزاء لغة ودينًا الثواب والعقاب، فيقال: إن من يحسن عملاً يجزى بخير وإن من يسيء صنعًا يجزى بضر أما في مصطلح القانون فإن الجزاء يعني العقاب وحده.

وإذا كان العقاب يعرف بأنه: أثر يتخذ صورة أذى يترتب على مخالفه أحكام القاعدة فإن الجزاء القانوني عقاب خاص ويعرف بأنه أثر يتخذ صورة أذى مادي منظم يترتب على مخالفة أحكام القاعدة القانونية تفرضه السلطة العامة لزجر المخالف وردع غيره.

يتضح مما تقدم، أن الجزاء القانوني أثر يترتب على مخالفة القاعدة لا أثرًا يترتب على اتباعها وإن ذهبت قلة من الفقهاء إلى رأي مخالف فرأى بنتام في كتابه (أصول الشرائع) أن الجزاء القانوني أثر يترتب على كل من مخالفة القاعدة القانونية أو اتباعها.

كما يتضح أن الجزاء القانوني يتخذ صورة أذى وعليه فإن المكافأة وغيرها من صور الثواب لا تعتبر جزاء قانونيًا لأنها لا تبدو في صورة أذى ولأنها لا تعدو أن تكون أثرًا يترتب على اتباع القاعدة لا عقابًا يترتب على مخالفتها ولأنها لا تكفي لجعل القاعدة ملزمة يخضع الكافة لحكمها ابتغاء تحقيق النظام المقصود من وضعها عن طريق زجر المخالف وردع غيره مادام الناس أحرارًا في اتباعها إن رغبوا الثواب اتبعوها وإن زهدوا فيه عزفوا عنها.

ويفهم أخيرًا أن الجزاء القانوني يعني إجبارًا ماديًا جماعيًا مادام يبدو في صورة أذى محسوس يقسر الناس عن طريقه على طاعة القانون، ومادام أمر فرضه مناطًا بالمجتمع الذي تمثله السلطة القائمة فيه دون أن يستقل الأفراد بتوقيعه.

شروط الجزاء القانوني:

لكي يوصف الجزاء بأنه جزاء قانوني ينبغي توافر شروط ثلاثة فيه، نستنتجها من معناه وطبيعته وهي:

أولا: أن يكون في صورة أذى ظاهر يهدد به من يخالف حكم القاعدة القانونية والأذى هو الألم أو الشعور به: والأذى الظاهر هو ما اتخذ مظهرًا خارجيًا فأصاب الإنسان في جسمه أو ماله أو حريته دون الاقتصار على المشاعر والضمير:

ثانيًا: أن يكون منظمًا أي معينًا بجنسه ومقداره سواء تعين في القاعدة نفسها أو أحالت تعيينه إلى قاعدة أخرى سابقة فإذا نهت السلطة العامة الجمهور عن ارتكاب فعل معين وهددت مرتكبه بالعقاب ولكنها لم تحدد فيما أصدرته من نهي جزاء المخالفة جنسًا وقدرًا ولم تشر إلى قاعدة قانونية يمكن تحديد العقاب في ضوئها فإن ا هددت بإلحاقه لا يعتبر جزاء قانونيًا.

ثالثًا: أن يكون فرض العقاب موكولاً إلى السلطة العامة: فهي التي تحدده وتهدد به وتلحقه بالمخالف سالبة من المعتدي عليه الحق في الانتقام لنفسه أو استيفاء حقه بالقوة عند الاقتضاء ولذلك فإن الأوامر التي يصدرها الأب إلى ابنه أو مدير الشركة إلى موظفيه أو صاحب المتجر إلى مستخدميه لا تعتبر قواعد قانونية لأسباب كثيرة منها أن الجزاء الذي يتعرض له مخالفها ليس جزاء قانونيًا، لأن السلطة العامة ليست هي التي فرضته وتولت تطبيقه وإن اتخذ صورة أذى وكان ظاهرًا معينًا جنسًا ومقدارًا وإناطة فرض الجزاء بالسلطة العامة أمر مسلم به في ظل نظام الدولة عقب التطور الذي جد في المجتمع البشري وهو تطور أراح من نظام الانتقام الشخصي أو نظام القضاء الخاص الذي كان يحتكر الفرد أو أسرته أو قبيلته في ظله يحق تحديد الجزاء وتوقيعه اقتصاصًا لنفسه وحل بديلاً عنه نظام الانتقام الجماعي أو نظام القضاء العام الذي يتولى المجتمع بمقتضاه عن طريق السلطة العامة التي تمثله وتحكم باسمه الدفاع عن الفرد واقتضاء حقه وإلحاق العقاب بمن اعتدى عليه مع رعاية مصلحة الجماعة في الوقت نفسه ولذلك فإن خلق الجزاء القانوني والحكم به وضمان توقيعه يخول في المجتمع المنظم تنظيمًا سياسيًا إلى السلطة الاجتماعية التي تسهر باسم المجتمع على احترام القانون وهي (الدولة) والتي تفصل السلطة القضائية في المنازعات والمخالفات باسمها وتتكفل السلطة التنفيذية بتنفيذ أحكام القضاء بأمرها ذلك لأن قيام الدولة الحديثة اقتضى وجود مؤسسات

قضائية يستطيع كل فرد الالتجاء إليها، ويلزم كل فرد بعرض منازعته مع غيره عليها وينبغي على كل فرد احترام ما تصدره من حكم لحسم النزاع طوعًا وإلا أكره على احترامه بالقوة المادية. إلا أن دور القضاء يقتصر على الفصل في المنازعات والمخالفات بتقرير الجزاء المناسب والحكم بتوقيعه على مخالف قواعد القانون أما توقيع الجزاء وضمان تطبيقه أي ممارسة الإجبار الجماعي فموكول إلى السلطة التنفذية.

ومع أن إناطة فرض الجزاء القانوني بالسلطة العامة أمر مسلم به في المجتمع الحديث إلا أن الشرائع المعاصرة أقرت استثنائين يردان على هذا الأصل يبدو الفرد فيهما وكأنه مازال يحتفظ بحقه القديم في إقامة العدالة لنفسه، فيحل نفسه محل السلطة العامة في درء الاعتداء عليه وحماية حقه، ويضع شخصه بديلاً عن القضاء في تحديد الجزاء والحكم بإلحاقه بديلاً عن السلطة التنفيذية في توقيعه أما أولهما: فيرد في دائرة القانون العقابي وهو حق الدفاع الشرعي ويعني حق الفرد في رد الاعتداء الذي يهدده في الحياة أو المال بخطر جسيم حال بالقوة عند الاقتضاء دون تدخل من قبل السلطة العامة، وبوسائل قد تكون منها الجريمة بشرط أن تناسب وجسامة الخطر. ومع أن حق الدفاع الشرعي يبدو لأول وهلة مظهرًا لنظام الانتقام الفردي وأمرًا يتعارض ونظام الدفاع الشرعي الجماعى الذي تتولى السلطة العامة في ظله وباسم المجتمع حماية الفرد ودرء الاعتداء عليه، إلا أنه ليس كذلك. فهو حق لا يخول الفرد إلا إذا كان الخطر الذي يهدده جسيًا وحالاً أو على وشك الوقوع بحيث يستحيل عليه الالتجاء إلى السلطة العامة لحمايته ويكون من العسير على الدفاع الجماعى، إذا مهمته في الوقت المناسب فهو يهدف إلى نفس ما يرمي إلى تحقيقه نظام القضاء العام ويتولى ما كان يجب أن يتولاه الدفاع الجماعي من درء الاعتداء وحماية الحق. ومادام الأمر كذلك، فإن الفرد عندما يمارس هذا الحق لا يجافي نظام الدفاع الجماعي بل يعاون السلطة العامة في مكافحة الاعتداء وحماية الحقوق، أما ثاني الاستثنائين: فهو حق الحبس المدني الذي يرد في دائرة المعاملات المالية. وهو حق تقرر تطبيقًا لفكرة الضمان الخاص ابتغاء حماية الدائن من التعرض لمزاحمة غيره من الدائنين من ناحية، وكوسيلة لدفع المدين إلى تنفيذ التزامه من ناحية أخرى. ويقصد به حق المدين الذي التزم بأداء شيء في الامتناع عن الوفاء به متى كان الدائن لا يعرض الوفاء بالتزام ترتب في ذمته بمناسبة التزام الدين وكان به مرتبطًا كحق الوديع الذي انفق مصروفات على الوديعة وصيانتها من التلف في الامتناع عن تنفيذ التزام ينبغي عليه الوفاء به. فيحبس الوديعة عنده نظير ما اضطر إلى إنفاقه من مصروفات للمحافظة عليها ولحق الحبس تطبيق في العقود الملزمة للجانبين وهي

العقود التي تفرض الالتزامات على عاتق طرفيها بحيث يبدو كل منهما دائنًا ومدينًا بالالتزامات في الوقت نفسه، كالبيع والإجارة هو ما يسمى الدفع بعدم التنفيذ وعلى العموم فإن وجود هذين الاستثنائين على الأصل لا ينال من أهمية شرط إناطة فرض الجزاء القانوني بالسلطة العامة ولا يؤثر في رسوخ نظام القضاء العام في المجتمع المعاصر، لأن تنازل الدولة عن حقها في ممارسة الإجبار المادي الجماعي وتمكين الفرد من ممارسة الإجبار الخاص لا يقع إلا في حدود ضيقة وفي حالات نادرة واستنادًا إلى مبرر اجتماعي يقتضي هذا التنازل.

أوصاف الجزاء القانوني:

إذا تمعنا في شروط الجزاء القانوني تيسر لنا التعرف على أوصافه فهو يتصف بصفتين تميزانه من أجزية مخالفة القواعد الاجتماعية الأخرى لانفراده بهما دون غيره.

أولاهما- أنه جزاء مادي أنه ظاهر ومحسوس ما دمنا نشترط فيه أن يكون أذى معينًا جنسًا وقدرًا وفي ذلك تختلف القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق التي يبدو جزاؤها أدبيًا يظهر في صوره سخط المجتمع ونفوره من الأثم وقد يبدو في صورة تبكيت الضمير ووخزه.

ثانيها- أنه جزاء دنيوي، أي: يوقع في الحياة الدنيا ما دمنا نشترط إناطة فرضه بالسلطة العامة وتخويل تقريره والحكم بتوقيعه للقضاء وفي ذلك يختلف الجزاء القانوني عن جزاء مخالفة قواعد الدين الذي يكون جزاءً أخرويًا يوقعه الله تعالى على من خالفها في الحياة الآخرة، وقد يكون الجزاء الديني مزدوجًا أي أخرويًا ودنيويًا إذا تقيدت الدولة بأحكام الدين وألزمت الناس باتباع قواعده وفرضت السلطة العامة الجزاء عند مخالفتها ليبدو الدين عندئذ دينًا وقانونًا معًا.

أنواع الجزاء القانوني:

للجزاء القانوني أنواع متعددة متباينة وإن جمعتها فكرة إضفاء القوة الملزمة على قواعد القانون في صورة إكراه مادي جماعي لضمان احترامها وتباين أجزية القانون ينتج عن تباينها فيما تأمر به لأن الجزاء يفرض ضمانًا لاحترام مضمونها ويجيء متناسبًا وما تأمر به كل قاعدة ويبدو تباين أجزية القانون وتعدد تقسيماتها في نواح كثيرة أبرزها من حيث طبيعته فهو يبدو على ثلاثة أنواع لاختلاف طبيعة القواعد القانونية وانتمائها إلى فروع القانون المختلفة أولها الجزاء الجنائي وثانيها الجزاء المدني وثالثها الجزاء التأديبي.

أما الجزاء الجنائي: فأثر يترتب على مخالفة قواعد القانون الجنائي أو العقابي وهو مرادف

للعقوبة في المعنى. فيفرض في صورة عقوبة تتفاوت من حيث شدتها تبعًا لاختلاف طبيعة الجريمة ومدى خطورتها كما تتباين من حيث محلها أي ما ترد عليه فقد تكون بدنية تنصب على جسد الإنسان كالإعدام وقد تكون مالية ترد على المال كالغرامة وقد تفرض على حرية الإنسان فتقييدها كالحبس والسجن. والعقوبة جزاء يفرضه القانون على من يستخف بالنظام في المجتمع ويفرض لاعتبارات متعلقة بالنظام والاستقرار الجماعي ولحساب مصلحة المجتمع بأسره فلا تفرض العقوبة للتعويض عن ضرر لحق بشخص معين ولا لمجرد إصلاح ضرر خاص لحق بالجماعة وإنما لحماية النظام الاجتماعي ورعاية المصلحة العامة. ولذلك فإن القانون يفرض عقوبة على القاتل وإن لم يكن للقتيل أسرة تتضرر بموته، أو تم القتل برضاء القتيل وأمره أو عفا ذووا القتيل عن القاتل، أو ارتكب القاتل جريمته بدافع من الحنان على القتيل كأن يكون القتيل مريضًا بمرض عضال لا يرجى شفاؤه منه وكان القاتل أقرب الناس إليه صلة وأكثرهم عليه عطفًا وأشدهم تألمًا لآلامه وقد مارست العقوبة وظيفة مزدوجة منذ القديم. فهي تهدف إلى الإرهاب والردع كما تهدف إلى التأديب والقصاص ذلك لأنها ترهب الناس وتلقي الخوف في نفوسهم من التعرض لها إن ارتكبوا نفس المخالفة فتردهم عن ارتكاب الجرائم الجنائية وهي تؤدب الجاني وتقتص منه تكفيرًا عن ذنبه في حق المجتمع ولذلك فإنها تعتبر حقًا للمجتمع وليست حقًا للمجني عليه. ومن ثم فإن الادعاء العام أو النيابة العمومية هو الذي يتولى توجيه الدعوى عند ارتكاب الجريمة الجنائية والمطالبة لفرض العقوبة على الجاني باسم المجتمع إلا أن العقوبة تطورت عبر العصور بتأثير من تطور الوعي والنظام الاجتماعي من حيث نظامها ومن حيث الغرض منها على نحو لا محل لتفصيله في هذا الكتاب المنهجي.

أما الجزاء المدني فيعني كل أثر عدا العقوبة يرتبه القانون على مخالفة قواعده أو هو كل عقاب يفرض عند مخالفة قوعد القانون الأخري عدا القانون الجنائي أو العقابي، فهو جزاء يفرضه القانون عند الاعتداء على حق خاص أو إنكاره دون أن يمس الاعتداء المصلحة العامة أو يخل بالنظام الاجتماعي، وتقتصر مهمة هذا الجزاء على تحاشي الضرر الذي ينتج عن مخالفة القاعدة أو إزالته أو إصلاحه بعد حدوثه فهو إذن، حق خاص يتقرر لصالح من لحقه الضرر من الأشخاص ومن ثم فإن للمتضرر أن يطالب في دعوى مدنية أو أن يتقدم بالدعوى المدنية للقضاء الجنائي تبعًا للدعوى الجنائية متى ترتب على الجريمة الجنائية التي أخلت بالنظام العام اعتداء على حق خاص وتعدد صور الجزاء المدني تبعًا للغرض من فرضه

فقد يكون جزاءً وقائيًا متى قصد منه الحيلولة دون وقوع المخالفة كأن يمتنع الموظف المختص عن توثيق عقد زواج جاء مخالفًا للقانون. وقد يكون جزاءً مباشرًا إذا أريد به حمل الشخص على تنفيذ ما امتنع عن تنفيذه كالحكم بالتنفيذ الجبري على أموال المدين عن طريق الحجز عليها وبيعها لاستيفاء الدين من ثمنها إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه طوعًا وقد يبدو في شكل تعويض إذا استحالت إزالة آثار المخالفة فمن يلحق بغيره ضررًا يحكم عليه، بجزاء يصب على ماله في صورة تعويض إذا تعذر محو أثر المخالفة محوًا تامًا. فيحكم على من أتلف مال غيره أو دهس شخصًا أو أصابه بعاهة بتعويض لمصلحة من لحقه الضرر وقد يتخذ الجزاء المدني صورة إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع المخالفة كأن يحكم بإبطال عقد لم تتوفر فيه شروط الانعقاد والصحة التي تطلبها القانون في تكوين العقود وجاء إبرامه مخالفًا لقواعد القانون أو أن يحكم بفسخ عقد بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه المتولد عن عقد قائم صحيح على الوجه الذي يقتضيه العقد سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو أخل به ولم ينفذه على الصورة المتفق عليها في العقد، وبالإبطال والفسخ ينحل العقد ويعود الطرفان إلى وضعهما السابق على التعاقد ابتغاء إزالة الانحراف في تطبيق القاعدة القانونية وإن لوحظ أن الإبطال جزاء يترتب على مخالفه ما يتطلبه القانون من شروط العقد وهو يرد على عقد معيب أما الفسخ فجزاء يترتب على تقصير أحد الطرفين في تنفيذ عقد صحيح.

أما النوع الثالث فهو الجزاء التأديبي: الذي يعني مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة أو تفرضها طبيعة المهنة. كعقوبة التوبيخ والإنذار والخصم في المرتب والفصل والعزل والتوقف عن ممارسة المهنة. ويطلق عليه اسم العقوبة نظرًا لأن الضرر الحادث يصيب مصلحة الجماعة دون أن يقتصر على فرد معين ويتميز هذا الجزاء بأن فرضه يتم من قبل الرئيس الإداري والهيئة المشرفة على ممارسة المهنة دون أن يوكل للقضاء دائما أو تناط المطالبة به بالادعاء العام ويجوز أن يجتمع هذا الجزاء مع أي من الجزائين الجنائي أو المدني أو كليهما عند تحقق شروط توقيعهما.

مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية:

اختلف الفقهاء وغيرهم من رجال الفكر في تقدير مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية فذهب أغلبهم إلى اعتباره عنصرًا جوهرًا من عناصرها فإن خلت منه فقدت الصفة

القانونية وأضحت مجرد دعوة أو نصيحة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لا قاعدة قانونية[1] ذلك لأن تصادم الحقوق وتعارض الحريات ونشوء المنازعات بين الأفراد نتيجة مخالفة قواعد القانون يوجب تدخل الدولة بسلطاتها لحماية حقوق الأفراد وإقرار حرياتهم وحسم منازعتهم عن طريق الجزاء. والدولة إذا تدخلت بما أوتيت من وسائل إجبار مادي تقر لكل فرد مصالحه المشروعة وتمكن القانون من ممارسة وظيفته وإدراك غرضه. من ضبط النظام وتحقيق الاستقرار وإقرار الانسجام في الحياة الاجتماعية عن طريق التوفيق بين المصالح وتنسيقها ولذلك ينبغي لكي تؤدي القاعدة القانونية وظيفتها أن تكون ملزمة عن طريق إجبار مادي جماعي تمارسه الدولة في صورة جزاء ظاهر تفرضه السلطة بما أوتيت من قوة عامة. وقد عبر عن ذلك رجال الفكر القانوني بأقوال تتماثل من حيث المعنى فقال جني (jeny) في مؤلفه (العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص) أن في إنكار فكرة الإكراه على القاعدة القانونية تشويه لفكرة العدالة البشرية وذلك بإغراقها في محيط من الواجبات لا يفرضها إلا الضمير تفقد فيه ذاتيتها وتضيع عليها دقتها. وقال باسكال (pascal) العدالة المجردة من القوة عاجزة والقوة غير العادلة مستبدة ويتحتم مزج العدالة بالقوة ليكون العدل قويًّا والقوة عادلة وقال إيرنج (ihrwg) في كتابه (الكفاح من أجل القانون) السيف بلا ميزان قوة غاشمة والميزان بلا سيف عدل ضعيف عاجز، السيف والميزان قرينان فلا يتسنى تحقيق العدالة الكاملة إلا إذا أمكننا أن نضرب السيف بقوة تعادلها الدقة في وزن أمور الناس بالقسط.

إلا أن فريقا من الفقهاء كديجي[2] وكابيتان وغيرهما ذهب إلى اتجاه مخالف فرأى أنه يكفي لوجود القاعدة القانونية شعور أغلبية الناس بأن ما تقتضي به ضرورة اجتماعية وأن وجودها لازم لحماية النظام الاجتماعي والسير بالمجتمع في مضمار التقدم دون حاجة إلى اقتران القاعدة بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة ويكفي لوجودها في رأيهم نشوء وعي قانوني بإلزامها تقديرًا لضرورتها دون أن تتجه إلى تقرير جزاء لا يكون فرضه من قبل الدولة عنصرًا لقيامها ويسند هذا الاتجاه رأيه بحجتين: أولاهما: أن اعتبار الجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة عنصرًا في وجود القاعدة القانونية ينطوي على تأكيد أن القاعدة تستمد قوتها من السلطة وهذا ما يجعل حيوية القانون رهنًا بإرادة الدولة ويفضي إلى استعلاء سلطان الدولة وطغيانها وثانيهما: أن هناك ثمة قواعد تفتقد الجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة لضمان

---

(١) د.يحيى Traite De Droit Constitunnel .p.٤٤

(٢) عبد الباقي البكري. نظرية القانون. ص ٤٧.

احترامها ولكن الصفة القانونية تتوافر لها كقواعد القانون العام وقواعد القانون الدستوري وأضاف البعض لهاتين الحجتين حجة أخرى هي أن التأكيد على عنصر الجزاء المادي الذي تفرضه الدولة ينطوي على امتهان الضمير البشري وإشعار بأن الناس لا تطيع القانون ولا تتعلق بالنظام إلا إذا حملت على ذلك عن طريق القسر.

ونرى أن الرأي الأول هو الأصواب وأن من اليسير الرد على الرأي الثاني في جوهر وفي حججه بما يأتي[1]:

أولاً: أن التأكيد على أن القانون مجموعة قواعد تتجه إلى تقرير جزاء مادي أن يكون فرضه من قبل السلطة العامة عنصرًا من عناصر قيامها يجعل من الجزاء عنصرًا خارجيًا يتعلق بنفاذ القانون ويفضي إلى القول أن افتقاده يضعف من مفعول القاعدة دون أن ينفي وجودها. وهو قول يفقد القاعدة وظيفتها في الحياة الاجتماعية لتعذر التفرقة بين وجود القاعدة وبين نفاذها فهي قد وجدت لتمارس وظيفتها عن طريق نفاذها المحتم وفي عدم اشتراط فرض الجزاء عند مخالفتها ما يترك للأشخاص حرية اتباعها وفي ترك الخيار لهم باتباعها ما يؤدي إلي اختلال نظام المجتمع وعجز قواعد القانون عن إقراره.

ثانيا: أن الزعم بأن اشتراط اقتران القاعدة القانونية بجزاء مادي تفرضه الدولة يؤدي إلى استعلاء سلطان الدولة ويمهد الطريق إلى طغيانها زعم يجانبه الصواب لأن الدولة الحديثة ترتكز على نظام الشرعية وتقوم على مبدأ السيادة النسبية ونظام الشرعية يجعل منها دولة القانون (etatdedroit) أي أنها تخدمه وتتقيد به وتخضع له كما تلزم رعاياها بالخضوع لحكمه، وعليها أن تؤكد سيادته وأن تعمل جاهدة على إقرار سلطانه واحترام قواعده ومبدأ السيادة النسبية يجعل سيادتها مستمدة من الشعب فالشعب مصدرها وتقبل الشعب سترها ولا يعني امتثال الشعب لأوامر الدولة بأنه خضوع مسود لسيد، وإنما هو وسيلة لتمكين الدولة من أداء واجباتها وخدمه الشعب عن طريق القانون في ظل النظام وعليه فإن مجال الاستعلاء والطغيان لا وجود له في الدولة القانونية التي تقوم على أسس دستورية سليمة ويحف بها وعي شعبي ناضج.

ثالثًا: أن الادعاء بوجود قواعد تخلو من عنصر الجزاء القانوني ومع ذلك تتوافر فيها الثقة القانونية كقواعد القانون الدولي العام وقواعد القانون الدستوري مما ينفي أهمية الجزاء كعنصر لقيام القاعدة القانونية ادعاء موغل في البعد عن الصواب. لأن قواعد القانون الدولي

---

(١) عبد الباقي البكري. نظرية القانون. ص ٤٧.

العام إذا كان ينقصها الإكراه المادي المباشر في الغالب إلا أنها تتمع بوسائل إكراه غير مباشر هو الجزاء الخفي الجماعي يضاف إلى ذلك أن القانون الدولي العام حديث عهد وهو لا يزال في مدارج التطور، وأن هناك جهودًا متواصلة تبذل لضمان اقترانه بجزاء مادي مباشر يوقعه السلطان في المجتمع الدولي الذي برز حديثًا في صورة منظمة دولية، هي هيئة الأمم المتحدة وجهازها التنفيذي وهو مجلس الأمن الذي أعطى صلاحيات واسع لأمن حيث تقرير الجزاء فحسب بل ومن حيث ضمان تنفيذه كما أن قعد القانون الدستوري لا تخلو من جزاء فيه يتخذ صورة تختلف عن صورة الجزاء في القوانين الداخلية الأخرى في الدولة فإن مرد ذلك طبيعة هذا القانون فهو يقيم سلطات متعددة قد تصدر المخالفة من إحداها ولذلك فهو ينشئ رقابة متبادلة فيما بينها لضمان احترام قواعده ويجعل من الشعب الرقيب الأعلى الذي يملك من الوسائل السلمية والثورية ما يؤكد بها سيادته ويكفل عن طريقها احترام دستوره.

رابعًا: أن اشتراط الجزاء القانوني كعنصر لقيام القاعدة القانونية لا ينطوي في نظرنا على امتهان للضمير البشري أو نفي لأهمية الوازع الذاتي في طاعة القانون وإقرار النظام فهو لا يعني أن الأشخاص لا يحترمون القانون إلا خشية ما يلحقهم من جزاء عند مخالفة قواعده لأن الأصل أن يطيع الناس القانون باختيارهم وأن طاعته تتحقق بصورة تلقائية ولكن الجزاء يظل متربصًا بمن تحدثه نفسه بالخروج على قواعده ففرض الجزاء لا يقع إلا استثناء وعند الضروة لزجر المخالف وتقويمه وردع غيره. ومن هنا تنبع أهميته وذلك لأن من المسلم به، وجود طائفة من العوامل النفسية والاجتماعية تدفع الناس إلى طاعة القانون بصرف النظر عن جزاء مخالفته فمن الناس من يحترم القانون تقديرًا منهم لضرورته فيه تصان الأرواح وتحفظ الأموال وتحمى الحقوق ويستقر الانسجام الاجتماعي ومنهم من يحترمه اعتيادًا منه على النظام في سلوكه وتصرفاته ومنهم من يحترمه بدافع تقليد الغير ومنهم من يتقيد به بدافع كسب احترام الآخرين ومنهم من ينقاد لحكمه كانقياده لأحكام العادات والتقاليد والأخلاق على اعتباره موجهًا من سلطة عليا والانقياد لأولى الأمر مغروس في نفوس أكثر الناس ومع كل ذلك يظل الخروج على حكم القانون أمرًا ممكنًا مادام حب الذات من جبلة البشر.

خامسًا: إن الغض من أهمية الجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة وعدم اعتباره عنصرًا جوهرًا من عناصر القاعدة القانونية، يفضي إلى تقريب القانون من قواعد الأخلاق إلى حد يجعل التمييز بينهما أمرًا عسيرًا ويؤدي إلى نفي وصف تنفرد به عن غيرها من القواعد

الاجتماعية التي تشاركها في بقية أوصافها.

سادسًا: وفي وسعنا القول أخيرًا أن امتثال بعض الناس لحكم القانون بدافع من مصلحة مادية أو أدبية أو بوازع من تربية خلقية أو دينية، لا يغني عن اقتران قواعده بجزاء مادي يضمن تطبيقها على الكافة. وستظل الحاجة إلى هذا الجزاء قائمة حتى يبلغ البشر مستوى من السمو الروحي والوعي الاجتماعي ما تكون طاعتهم لحكم القانون عنده صادرة عن إرادة ذاتية مقدسة للنظام متحسسة بالمسؤولية إحساسًا خالصًا عميقًا وهذا المستوى لم يرق إليه المجتمع البشري بعد، بل ولن يدركه مادام التقدم المادي الذي حققه المجتمع المعاصر لم يسايره سمو في المثل الروحية والقيم الخلقية ذلك لأن المجتمع كلما سما روحيًا وشاعت فيه الفضيلة لاسيما بتأثير القيم الدينية التي تحتضن المبادئ الإنسانية كلما زاد تمسك أفراده بحكم القانون بدافع ذاتي دون أن يحسبوا للعقاب حسابًا وصدق فيهم قول الرسول ﷺ في وصف صهيب الرومي «**نعم العبد صهيب ولم لم يخف الله لم يعصه**» نلخص مما تقدم إلى القول أننا نساير رأي جمهور الفقهاء في التسليم بأهمية الإكراه الجماعي الذي تمارسه الدولة في قيام القاعدة القانونية وفي اعتبار الجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة عنصرًا أساسًا من عناصرها في ضوء ما ذكرنا من حجج ساق الفقهاء بعضها وأضفنا إليها البعض الآخر.

السلطة المناط بها توقيع الجزاء القانوني:

بعد أن تطور المجتمع ونظم تنظيمًا سياسيًا واعتبر القانون من مظاهر سيادة الدولة التي تحتكر تطبيقه وفرض توقيع جزاء مخالفته وبعد أن حل نظام القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل نظام القضاء الخاص وحق الانتقام الفردي برزت في الدولة سلطة أنيط بها توقيع الجزاء هي السلطة القضائية وتتكون السلطة القضائية من المحاكم، والمحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون وصاحبة الاختصاص الأصيل في توقيع جزاء مخالفة قواعده.

ومع ذلك فهناك استثناء أن لا تتولى المحاكم توقيع الجزاء بنفسها فيهما أولهما حيث يثبت للشخص قانونًا حق توقيع الجزاء بنفسه على خصمه كحالتي الدفاع الشرعي والحبس المدني اللتين أشرنا إليهما وثانيهما حيث تملك السلطة التنفيذية تطبيق القانون وتوقيع الجزاء بنفسها وهو استثناء ينهض في حالات خاصة منصوص عليها قانونًا وبالنسبة إلى قوانين خاصة.

الفصل الثالث

التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية

تمهيد وتقسيم

وضح مما تقدم بيانه، أن القانون مجموعة قواعد تتوجه بخطابها إلى الأشخاص في المجتمع وتتوغل في صميم الحياة الاجتماعية لتبسط سلطاتها على أغلب روابطها ومظاهرها ابتغاء تنظيم السلوك وإقامة نظام اجتماعي. ومع ذلك فإن القانون لا تحتكر وحدها حكم سلوك الأفراد في المجتمع وإن كانت في الطليعة، بل توجد إلى جانبها قواعد اجتماعية أخرى تعني بحكم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد للعدالة وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وإن لوحظ أن أهمية هذه القواعد الأخرى تبدو أبرز في المجتمعات التي تحكمها قواعد القانون الوضعي منها في المجتمعات التي تخضع لقواعد الدين الجماعي كقواعد الشريعة الإسلامية. ذلك لأن قواعد الشريعة الإسلامية مجموعة أحكام اعتقادية ووجدانية وعملية، والأحكام الشرعية العملية تتأسس على قيم الأخلاق ومبادئ العدالة فتستوعبها وتمارس دروسًا في الحياة الاجتماعية بحيث يتعذر الفصل بين القاعدة الشرعية من جهة وبين كل من قواعد الأخلاق وقواعد العدالة من جهة أخرى.

وفي ضوء ما تقدم ينبغي التمييز بين مختلف صنوف القواعد الاجتماعية لإدراك وجوه الاختلاف بينها ولبيان مدى الصلة التي تربطها ببعض. ولذلك يحسن بنا توزيع هذا الفصل على أربعة مباحث نقارن في أولها بين القاعدة القانونية وبين القاعدة الدينية، ونقارن في ثانيها بين القاعدة القانونية وبين القواعد الأخلاقية، أما المبحث الثالث فنعقده للمقارنة بين القاعدة القانونية وبين قواعد العدالة.

وحسبنا هذه القواعد كموضوع للمقارنة لأنها تمثل أبرز القواعد الاجتماعية التي تحكم السلوك الشخصي في المجتمع. حتى إذا ما فرغنا من ذلك أفردنا مبحثًا رابعًا لبيان صلة القانون بسائر العلوم الاجتماعية.

المبحث الأول

التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

تمهيد:

يقتضينا التمييز بين قواعد القانون وقواعد الدين أن نمهد لهذا التمييز بتحديد معنى الدين وبالإشارة إلى أنواع الأديان من حيث مصدرها ونطاقها وصلتها بالقانون.

معنى الدين وبيان أنواعه:

يعرف الدين بأنه مجموعة العقائد والأحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة والرامية إلى خير الإنسان في الحياة الدنيا والآخرة وإسعاد المجتمع.

إلا أن الأديان لا تبدو جميعًا من طبيعة واحدة، وإنما تتأثر طبيعتها بمصدرها وبغرضها المباشر الذي يحدد نطاقها من حيث التنظيم.

فهي من حيث مصدرها تبدو على فئتين، هما الأديان السماوية والأديان غير السماوية وهو تقسيم يؤكد عليه المسلمون أما الدين السماوي فهو مجموعة العقائد والأحكام التي تنزلت من الله تعالى بطريق الوحي على نبي اصطفاه من بين خلقه كالدين الإسلامي والمسيحي واليهودي. أما الدين غير السماوي فهو ما استمدت عقائده وأحكامه من قوة عليًا غير منظورة ليست هي الذات الإلهية كالدين البوذي والمجوسي والأديان الوثنية ويعرف الدين غير السماوي عند المسلمين، باسم الدين غير الإلهي أو غير المنزل:

وتقسم الأديان من حيث غرضها المباشر ونطاقها إلى طائفتين، هما:

الأديان الفردية والأديان الجماعية ويطلق بعض الكتاب كبرتراندرسل على الدين الجماعي اسم الدين السياسي.

أما الدين الفردي فهو الدين الذي يعني بتنظيم واجبات الفرد تجاه ربه وتجاه نفسه، دون أن يكترث بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا، وإن ننظر إليها من زاوية خلقية بتأكيده على الصدق في التعامل والوفاء بالعهد والسمو على الأحقاد والنميمة والعنف، كالدين المسيحي من الأديان السماوية والدين البوذي من الأديان غير السماوية.

وأما الدين الجماعي، فهو الدين الذي يعني بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًّا عنايته بحكم العقيدة والوجدان، كالدين الإسلامي واليهودي من الأديان السماوية والدين

الكونفوشيوسي من الأديان غير السماوية. ويقصد بالتنظيم الموضوعي حكم مختلف مجالات الحياة الاجتماعية وتنظيم الروابط بين الأشخاص في المجتمع تنظيمًا دقيقًا يسوق القواعد العامة والأحكام التفصيلية. ويبدو التنظيم الموضوعي في الدين الجماعي صنومًا يفعله القانون، وإن بدا الدين أوسع من القانون نطاقًا لأنه يحكم السرائر كما ينظم المظاهر.

وجدير بالذكر، أن فردية الدين لا تعد نقيصة فيه ولا تؤثر في صفته الاجتماعية لأن الأديان جميعها جاءت لأغراض اجتماعية، هي السمو بالمجتمع روحيًّا والأخذ بيده في طريق التقدم والصلاح: والحق، أن الضرورة الاجتماعية التي اقتضت نزول الدين، هي التي تحدد غرضه وترسم نطاقه، فإذا نزل الدين في مجتمع يشكو تحللا أخلاقيًّا وتتوافر فيه شريعة سليمة تحكم علاقاته الاجتماعية جاء دينًا فرديًّا هادفًا إلى التأكيد على القيم الأخلاقية ليسمو بالمجتمع من وهدة التحلل الاجتماعي والتردي في بؤر الرذيلة، مكتفيًّا بنفخ روح الفضيلة في العلاقات الاجتماعية دون تنظيمها تنظيمًا موضوعيًّا، لأن الشريعة القائمة فيه تفي بهذا التنظيم وهذا هو شأن الدين المسيحي الذي نزل في مجتمع حكمته شريعتان هما، الشريعة الرومانية الوضعية والشريعة اليهودية الإلهية.

إلا أن هذا المجتمع كان يشكو تحللاً وتفككًا اجتماعيًّا، فجاء الدين المسيحي زاخرًا بالقيم الخلقية نافخًا روح الفضيلة في الروابط الاجتماعية ليأخذ بيدا المجتمع من وهدة التحلل التي تردى فيها، أما إذا نزل الدين في مجتمع ينقصه التماسك الاجتماعي والقانون الوضعي السليم والروح الخلقي القويم معًا، جاء دينا جماعيًّا يحكم مختلف الواجبات وينظم شتى الروابط تنظيمًا موضوعيًّا وذلك شأن كل من الدين الإسلامي والدين اليهودي.

صلة الدين بالقانون:

تبتعد قواعد الأديان الفردية كثيرًا من دائرة القانون، وتقترب من قواعد الأخلاق من حيث الغرض والنطاق، لأنها تركز اهتمامها على حكم واجبات الفرد تجاه نفسه وربه. ولا يعني ذلك أنها لا تكترث بالروابط الاجتماعية، لأن الأديان جميعًا جاءت لأغراض اجتماعية هادفة إلى صلاح المجتمع البشري بل هي تلتفت إليها ولكن التفاتتها تكون من زاوية أخلاقية فحسب دون أن تعرض بيان القواعد التي تنظم هذه الروابط عرضًا موضوعيًّا. وإذا قيل أن للقانون الكنسي أثرًا كبيرًا في القوانين الوضعية في العصر الحديث على نحو يدحض للقول بابتعاد الدين المسيحي من دائرة القانون، إلا أن الواقع أن القانون الكنسي الذي نسلم بتأثيره

في القوانين الوضعية في الدول الغربية لم يشتق أحكامه الموضوعية من الدين المسيحي الذي جاء خلوًا من التنظيم الموضوعي للروابط الاجتماعية وإن كان هذا القانون متشبعًا بالقيم الأخلاقية التي زخر بها الدين، وإنما استقى أحكامه الموضوعية من قواعد القانون الروماني وقواعد العرف بعد تهذيبها، واستكمل نقائصها ولطف من صرامة أحكامها بفضل ما تشبع به رجال الكنيسة من قيم أخلاقية أكدها الدين المسيحي وما استمده آباء الكنيسة من مبادئ إنسانية من فكرة القانون الطبيعي ومبادئ العدالة. أما الدين الجماعي فهو الدين الذي يشارك القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية وينقلب قانونًا في نطاق ما ينظمه إذا أجبرت السلطة العامة الناس على الخضوع لأحكامه وفرضت الجزاء المادي عند مخالفته.

وجوه الشبه بين قواعد القانون وقواعد الدين:

تقوم بين هاتين الطائفتين من القواعد جملة من وجوه الشبه تنصب على الخصائص الآتية:

أولاً: تماثلهما من حيث الغاية غير المباشرة. ذلك لأن هدف القانون غير المباشر وغرض الدين واحد فكلاهما يرمي إلى السمو بالمجتمع البشري وإسعاده.

ثانيًا: توصف قواعد القانون وقواعد الأديان جميعًا بأنها عامة ينصرف حكمها إلى كل من اتصف بصفة معينة من الأشخاص أو توافرت فيه شروط محددة من الأفعال تعلق بها حكم القاعدة.

ثالثًا: تتميز قواعد القانون وقواعد الأديان بأنها قواعد سلوك اجتماعية تهدف إلى تحديد سلوك الفرد في الهيئة الاجتماعية وتقويمه وفرضه عليه فرضًا مطلقًا لا شرطيًا.

رابعًا: توصف جميعها بأنها قواعد ملزمة تقترن بجزاء يحمل الناس على اتباعها.

خامسًا: تتميز جميعها بالوضوح والاستقرار. فلا يكتنف قواعدها الغموض لأنها محددة المفاهيم، ويسهل التعرف عليها بالرجوع إلى المدونات وغيرها من المواطن التي تجمع قواعدها.

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأديان:

تنهض بين هاتين الفئتين من القواعد وجوه اختلاف عميقة نوجز بيانها فيما يلي:

أولا: اختلافهما من حيث الأصل أو المصدر فالأديان كافة، فردية أو جماعية تعتمد أحكامها من قوة عليًا غير منظورة، وإن تباينت هذه القوة العليا بتباين الأديان فقد تكون سماوية هي الذات الإلهية وقد تكون غير سماوية. أما قواعد القانون فتجيء من وضع البشر

فردًا أو هيئة تسنها أو مجتمعًا يفرزها، وإن جاز أن يكون الدين مصدرًا تاريخيًا لها حينًا وجاز أن يكون الدين الجماعي مصدرًا رسميًا لها حينًا آخر.

ثانيًا: اختلافهما من حيث الغاية المباشرة. فالأديان كافة فردية أو جماعية تنزع بالإنسان نحو الكمال الذاتي وترمي إلى إقامة المجتمع على أسس الفضيلة والخير والعدالة. أما قواعد القانون فتهدف إلى غاية نفعية هي حسن التنظيم الاجتماعي وإرسائه على أساس العدل.

ثالثًا: تباينهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات إذ يبدو المقياس في دائرة القانون مقياسًا ظاهرًا أو خارجيًا ينصب على التصرف في مظهره المادي دون أن يتعداه إلى ما يكمن من نوايا وبواعث، خلافا لمقياس الحكم في الأديان. فإذا كان الدين فرديًا اضحى مقياس الحكم فيه باطنيًا أو داخليًا صرفًا ينفذ إلى أعماق النفس ويكشف عن مقاصدها. وإذا كان الدين جماعيًا كان المقياس فيه مزدوجًا، مقياسًا ظاهرًا يعول عليه الحساب القضائي الدنيوي ومقياسًا باطنيًا يعتمد عليه الحساب الأخروي وترتكز عليه قيمة التصرف في نظر الدين.

رابعًا: تباينهما من حيث النطاق. ذلك لأن قواعد القانون لا تعني إلا بتنظيم الروابط الاجتماعية ولا تحكم إلا فئة من هذه الروابط. أما الأديان فتتفاوت من حيث النطاق. فإذا كان الدين فرديًا تميز بنطاق مستقل عن نطاق القانون لأنه يركز اهتمامه على حكم واجبات الإنسان نحو خالقه وتجاه نفسه ولا يكترث بتنظيم الروابط الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا وإن عني بها من زاوية التأكيد على القيم الأخلاقية لإشاعة الخير والفضيلة في المجتمع. وإذا كان الدين جماعيًا تميز بنطاق أوسع من نطاق القانون. لأنه كما يشارك القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا يعني كذلك بحكم واجبات الفرد تجاه ربه وحيال نفسه.

خامسًا: اختلافهما من حيث الجزاء. ذلك لأن الجزاء القانوني يبدو في صورة عقاب، ويوصف بأنه جزاء مادي ويكون أذى ظاهرًا منظمًا تفرضه السلطة العامة. أما الجزاء الديني فيكون عقابًا أو ثوابًا ماديين غير منظمين يوقعه الله تعالى في الحياة الآخرة إذا كان الدين فرديًا، ويكون الجزاء مزدوجًا دنيويًا ماديًا في صورة عقاب وأخروي في صورتي عقاب أو ثواب في الأديان الجماعية وإذا كان الجزاء الديني الدنيوي يشابه الجزاء القانوني من حيث طبيعته وصفاته إلا أنه يختلف عنه من حيث شروطه وصوره والغرض منه وجدير بالذكر أن الجزاء المادي الدنيوي لا يتوافر في قواعد الدين الجماعي إلا إذا فرضت الدولة على الناس واجب اتباعها ووقعت الجزاء عند مخالفتها لتعد عندئذ قواعد دين وقانون في الوقت نفسه.

المبحث الثاني

التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

تمهيد:

يقتضينا التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية أن نستهل البحث بالتعرف على القاعدة الأخلاقية، معنىً ومصادرًا ومميزات ثم نعرج بعده على الكلام في العلاقة بين القاعدتين لنتبين وجوه الاختلاف بينهما ولنتعرف على الصلة التي تربطهما والتي تكشف عن مدى تأثير قواعد الأخلاق في دائرة القانون(١).

تعريف قواعد الأخلاق ومصادرها:

تعرف قواعد الاخلاق بأنها: مجموعة مبادئ التي يعتبرها الناس في زمن ما قواعد سلوك تتبع بدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد وإلا تعرض مخالفها إلى سخط المجتمع وازدراء أقرانه والتي تتحدد على أساس ما يستقر في الأذهان من أفكار عن الخير والشر ابتغاء السمو بالنفس البشرية نحو المثل العليا من طريق التمسك بالفضائل وتجنب الرذائل في إقامة الروابط الاجتماعية وذلك تحقيقًا لخير الإنسانية وسعادة المجتمع.

وتستمد قواعد الأخلاق من مصادر ثلاثة: الدين ومقتضيات الحياة والنظريات التأملية. فالأديان كافة تضم أحكامًا أخلاقية تهدف إلى تهذيب النفس والسمو بها وترسم طريق الفضيلة وتحض الناس على السير فيه وتحدد درب الرذيلة وتنهي الناس عن سلوكه. ومقتضيات الحياة وأوضاع المجتمع ينبوع تنبع منه قواعد الأخلاق. فما يعتبر رذيلة في مجتمع

(١) انظر عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ص ١٤٦ وبعدها.

ما أو عصر ما قد لا يوصف كذلك في مجتمع آخر أو في عصر لاحق. وما يعد فضيلة قد يعد رذيلة بتأثير من عاملي الزمان والمكان. فالربا رذيلة محرمة في الشريعة الإسلامية وكثير من صوره لا يعتبر كذلك في المجتمع المعاصر. والكذب رذيلة منهي عنها في الشريعة الإسلامية إلا أن الكذب البسيط يعتبر في المجتمع المعاصر من وسائل الإعلان والدعاية. والتأمل في طبيعة النفس البشرية وفي أسرار الحياة وأسس المجتمع كان وما يزال للكثير من قواعد الأخلاق.

خصائص قواعد الأخلاق:

تتصف قواعد الأخلاق بالخصائص الآتية:

١) أنها قواعد سلوك تهدف إلى إدراك مثل أعلى للسلوك القويم والضمير الطاهر وتنشد للسمو بالنفس الإنسانية نحو الكمال.

٢) أنها تعمل في دائرة واجب الإنسان نحو ربه وواجبه حيال نفسه وواجبه تجاه غيره.

٣) أنها تفرض على الإنسان في دائرة روابطه مع غيره نوعين من الواجبات. أولهما سلبي يحضه على الامتناع عن الاعتداء على حقوق الغير ونشاطه وثانيهما. إيجابي يفرض عليه مساعدة الغير والتضحية في سبيل إسعاد الآخرين والأخذ بيدهم.

٤) أنها قواعد عامة مجردة لأنها تتضمن خطابًا موجهًا إلى الناس كافة يسموا على التفصيلات في حكمه وينطوي على النظام في تطبيقه.

٥) أنها قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء عادي يتعرض له مخالفها، هو ازدراء المجتمع وتأنيب الضمير.

٦) أنها قواعد نسبية. ذلك لأن بعضها قد يوصف بالخلود، إلا أن معظمها غير ثابت. فتختلف أكثر قواعد الأخلاق باختلاف المجتمعات وتتباين بتباين الزمن.

٧) أنها قواعد غامضة مبعثرة يعوزها الوضوح ولا تستقر في موطن يسهل الرجوع إليه ذلك لأنها تستكن في ضمير الجماعة فيعسر تدوينها وتتعذر الإحاطة علمًا بها.

العلاقة بين القانون وبين الأخلاق:

ظل المجتمع البشري القديم يمزج بين القانون وبين الأخلاق ردحًا طويلاً من الزمن مزجًا يعززه الدين. فقد كان الوعي يقضي باعتبار الكذب والتعدي على الغير خطيئة ويفرض حسن النية في التعاقد وكان الإيمان بفضيلة عمل الخير وبرذيلة اقتراف الشر كفيلاً إلى مدى بعيد وإقرار النظام والسلام. وقد أكد على ذلك بعض فلاسفة الإغريق ثم جاء الرومان فتغير الوضع. إذ أكد بعض فقهائهم بتأثير من تغلغل النزعة الفردية في المجتمع الروماني على التمييز بين القانون وبين الأخلاق ونادوا بضرورة وضع حدود للقانون تحول دون اختلاطه بالأخلاق. ثم عاد المزج بين القانون وبين الأخلاق في القرون الوسطى في المجتمع الإسلامي في ظل الشريعة الغراء وفي المجتمع المسيحي في ظل التعاليم المسيحية وأحكام القانون الكنسي. وصار ينظر إلى الشريعة والقانون كقواعد تستوعب مباديء الأخلاق خلافًا للنظرة الإغريقية التي جعلت الأخلاق تضم القانون في رحابها. حتى إذا جاء القرن الثامن عشر بفلسفته المتشبعة بالنزعة الفردية أفاق التمييز بين القانون وبين الأخلاق من رقاده، وتبلور في صوره نظرية عرفت بالنظرية التقليدية التي اعتنقها الفرديين كتوماسيوس والفيلسوف الألماني كانت.

وقد دعت هذه النظرية إلى الفصل التام بين القانون وبين الأخلاق بهدف تقليص نطاق القانون ومنع الدولة من التدخل في العلاقات الاجتماعية بحجة حماية الأخلاق وأشارت إلى فروق ثلاثة بين القانون وبين الأخلاق غالت في تقدير أهميتها هي: اختلافها من حيث الغرض ومن حيث النطاق ومن حيث الجزاء. وقد أدى انحسار المذهب الفردي منذ منتصف القرن التاسع عشر إلى تزعزع النظرية التقليدية وقيام اتجاه فقهي جديد يدعوا إلى دمج القانون بالأخلاق واستند في ذلك إلى إنكار الفارق بينهما من حيث الغرض وإلى التقليل ما أمكن من أهمية الفارقين الآخرين. وقد تزعم هذا الاتجاه الذي عرف أصحابه باسم أصحاب النظرية الحديثة اهرنج وتراند نبرغ الألمانيان وريبير وجوسران ورينارد الفرنسيون.

والحق أن كلا من الاتجاهين السابقين جاء مغاليًا في رأيه. فلا يصح القول بالفصل التام بين القانون وبين الأخلاق كما لا يجوز القول بدمجهما ذلك لأن هناك ثمة وجوه اختلاف بينهما لا سبيل إلى انكارها. وقد برز اتجاه فقهي جديد في الرأي لا يسلم بالاتجاهين السابقين ولكنه يدعوا إلى التقريب بين القانون وبين الأخلاق قدر المستطاع وقد تزعم هذا الاتجاه الفقهاء الفريسيون مازووكابيتان ولاكوست. واستندوا إلى معيار للتميز بين القانون وبين الأخلاق،

تنبع منه جميع وجوه الاختلاف بينهما هو تباينهما من حيث الغاية المباشرة لأن غاية الأخلاق المباشرة غاية مثالية تهدف إلى تحقيق خير الفرد والسمو بالنفس الإنسانية نحو الكمال الذاتي أما غاية القانون المباشرة فغاية نفعية تهدف إلى نفع المجتمع وحسن التنظيم الاجتماعي. وإذا كانت قواعد الأخلاق تؤكد معنى الخير فإن القانون يؤكد إقرار العدل في الحياة الاجتماعية.

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق:

تنشأ عن اختلاف القانون عن الأخلاق من حيث الغاية المباشرة الفروق التالية بينهما:

١) اختلافهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات. ذلك لأن مقياس الحكم على التصرف في دائرة الأخلاق مقياس داخلي أو باطني يتوغل في سرائر النفس ويكشف عن الدوافع الخفية. فالعبرة بالنية دائمًا في نظر الأخلاق لا بالعمل في مظهره وآثاره. أما مقياس الحكم على التصرف في دائرة القانون فمقياس ظاهري أو خارجي يعتمد بالسلوك الخارجي للشخص. فالقانون لا يحفل بالنية المجردة أي التي لا تبرز إلى العالم الخارجي أو لا يدل عليها دليل مادي.

٢) اختلافهما من حيث الوضوح والاستقرار. فقواعد الأخلاق تتميز بغموضها وبتشتتها فهي غير واضحة المعالم وهي غير مستقرة لعدم وجود موطن يجمع قواعدها لأنها تكمن في الضمائر. أما قواعد القانون فقواعد واضحة مستقرة فهي واضحة لأنها مقررة في الغالب في صيغ محددة. وهي مستقرة في مواطن يسهل الرجوع إليها للتعرف عليها وتطبيقها كالتقنيات والتشريعات.

٣) اختلافهما من حيث الجزاء. واختلافهما من حيث الجزاء يبدو في ناحيتين أولاهما: من حيث طبيعة الجزاء. وثانيهما: من حيث من يتولى توقيعه أما من حيث طبيعة الجزاء فجزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاء أدبي غير قابل بطبيعته للتنفيذ المادي ويبدو في صورتين عذاب الضمير وسخط المجتمع وجزاء مخالفة قواعد القانون يكون جزاءً ماديًّا يبدو في صورة أذى ظاهر محددًا جنسًا وقدرًا. وأما من حيث من يتولى توقيعه فإن جزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاءً يوقعه ضمير الإثم في صورة وخز وتبكيت. وضمير الجماعة في صورة سخط أو اشمئزاز. أما الجزاء القانوني فتهدد به السلطة العامة وتوقعه مؤسسات قضائية يلتزم الناس بعرض منازعاتهم عليها لحسمها وطاعتها فيما تصدره من أحكام.

٤) اختلافهما من حيث النطاق. واختلافهما هذا يبدو في ناحيتين. أولاهما: من حيث أنواع الواجبات التي تتولاها القاعدتان بالحكم وثانيهما: من حيث مدى ما تتناوله القاعدتان بالتنظيم من الروابط الإجتماعية.

أما من حيث أنواع الواجبات التي تتصدى القاعدتان لحكمها فإن قواعد الأخلاق تحكم مختلف الواجبات التي يتحملها الفرد في حياته كواجبه نحو ربه ونحو نفسه وحيال غيره خلافًا لقواعد القانون التي تحكم واجب الفرد نحو غيره وإن امتد حكمها إلى فئة من الواجبات الأخرى ولذلك فإن قواعد الأخلاق تبدو أوسع من القانون نطاقًا في هذه الناحية.

وأما من حيث ما تتناوله القاعدتان بالتنظيم من الروابط الاجتماعية أي واجبات الفرد نحو غيره فلا يمكن القطع بأن أيًا من القاعدتين أوسع من الأخرى نطاقًا. فقد تبدو قواعد الأخلاق أوسع نطاقًا من قواعد القانون لأنها تتناول بالحكم واجبات لا تمتد إليها يد القانون. ذلك لأن الأخلاق تفرض على الإنسان في دائرة واجباته نحو الغير نوعين من الواجبات هما الواجب الإيجابي الذي يدعوه إلى معاونة غيره والتضحية في سبيل إسعاد الآخرين والواجب السلبي الذي يفرض عليه الامتناع عن الاعتداء على الغير أما القانون فإنه يفرض الواجبات السلبية كأصل ويعني ببعض الواجبات الإيجابية كأحكام النفقة ودفع الضرائب كاستثناء. وإذا كانت الواجبات الإيجابية التي يفرضها القانون آخذة بالازدياد في وقتنا الحاضر بتأثير في تسيد النزعة الاشتراكية فإنه يعجز عن الوصول إلى المدى والذي تبلغه قواعد الأخلاق في فرض الواجبات الإيجابية كمًا ونوعًا وإذا كان القانون يشارك الأخلاق في حكم الواجبات السلبية فإن الأخلاق تبدو أوسع منه نطاقًا كذلك. لأنها تحكم التصرف في ظاهره وباطنه أما القانون فلا يحفل إلا بظاهر التصرف ولا يعباء بالنوايا إلا إذا دل عليها دليل خارجي. وقد تبدو الأخلاق أضيق نطاقًا من القانون في حالتين:

أولاهما. أن قواعد الأخلاق تقتصر في خطابها على تقرير الواجبات دون إنشاء الحقوق فهي تخاطب ضمير الفرد فتفرض عليه الواجب دون أن تولد حقًا لصالح طرف آخر. أما القانون فيقرر الحقوق إلى جانب فرض الواجبات ثانيتهما: إن قواعد القانون قد تتناول بالتنظيم أمورًا لا شأن للأخلاق بها عندما يدخل القانون مصلحة الجماعة في اعتباره. ذلك لأن فكرة الصراع الاجتماعي وضبط النظام في المجتمع وتنظيم الحياة الاجتماعية قد تقتضي من القانون تنظيم مسائل لا تنكرها الأخلاق ولا تقرها. كقواعد المرور وقواعد الضبط الإداري وقواعد المرافعات والقواعد التي تقتضي الشكلية في إبرام التصرفات العقارية. وقد ينطلق القانون بعيدًا عن دائرة الأخلاق، فيرتب بدافع من استقرار المعاملات أحكامًا تتعارض مع القيم الخلقية وتجافي العدالة الفردية، وهي العدالة التي تنظر إلى صالح الفرد مجردًا من عضويته في الجماعة. ذلك لأن استقرار التعامل قد يقتضي من القانون ضم قواعد تناقض في أحكامها مضمون الأخلاق وغايتها بحيث تبدو وكأنها تهدد عامدة قيم الأخلاق.

ومن الأمثلة على هذه القواعد، قواعد التقادم المسقط وقواعد التقادم المكسب وقواعد الإثبات.

مظاهر الصلة الدائمة بين القانون وبين الأخلاق:

إذا كانت قواعد القانون وقواعد الأخلاق تتباينان من حيث الغاية المباشرة تباينًا تنسب إليه وجوه الاختلاف بينهما فإنهما يتماثلان من حيث الغاية غير المباشرة أو الهدف الاسمى. فقواعد القانون وقواعد الأخلاف تهدف جميعًا إلى سعادة المجتمع وحسن تنظيمه وإقرار العدل فيه. وتماثلهما من حيث الغاية غير المباشرة هو مصدر جميع مظاهر الصلة الوثقى بينهما التي لم تتنكر لها جميع المجتمعات عبر التاريخ والتي سنوجزها فيما يلي:

١) تعتبر الأخلاق مثلاً أعلى يلهم القانون أحكامه في المجال الذي يشتركان في تنظيمه وكلما نما إحساس المجتمع ونضج وعيه تعاظم نشاط القانون في دائرة الأخلاق وبرز دور الأخلاق في تكوين القاعدة القانونية مسهمة مع عناصر أخرى كضبط النظام واستقرار المعاملات في وضعها.

٢) تعتبر الأخلاق مقياسًا تقاس به سلامة التصرفات القانونية. وهي بذلك تمارس سلطانًا واسعًا في دائرة روابط القانون تقره النصوص في كثير من التشريعات. فقد نصت كثير من القوانين على بطلان كل اتفاق مخالف للآداب العامة.

٣) وإذا كانت مبادئ الأخلاق تلعب دورًا هامًا في تكوين القاعدة القانونية فإنها تلعب دورًا ملحوظًا عند إصدار الأحكام في حالة افتقاد النص والعرف فقد اعتبر كثير من المشرعين مبادئ العدالة مصدرًا رسميًا للقانون يرجع إليه القاضي إذا افتقد الحكم في المصادر الرسمية الأخرى. ومبادئ العدالة طائفة من القيم الأخلاقية تحسس المجتمع بضرورتها فأسبغ عليها قدرًا من القوة الملزمة تتوسط بين قوة القانون وبين قوة الأخلاق.

٤) وقد يتأثر القانون بمبادئ الأخلاق في المجال الذي لا يعتبر فيه الواجب تكليفًا قانونيًا والتزامًا مدنيًا لسقوط قوته الملزمة. إذ يحله محلاً وسطًا بين الواجب الأدبي وبين التكليف القانون دون أن يجرده من الجزاء استجابة لمقتضيات الأخلاق وكثيرًا ما سلك القانون هذا السبيل إذا فقد الالتزام المدني قوته الملزمة لسبب من الأسباب كالتقادم مثلاً وسقط عمن التزم به. فإذا انقضت المدة المحددة قانونًا للمطالبة بالحق سقط الحق بالتقادم ولما كانت قواعد الأخلاق لا تقر ضياع الحق على صاحبه لمجرد عدم المطالبة به فقد حاول القانون التوفيق بين دواعي استقرار التعامل وبين مقتضيات

الأخلاق. باعتبار الحق الذي سقط بالتقادم التزامًا طبيعيًا دون أن يقر ضياعه فالحق الذي يسقط بالتقادم لا ينقضي وجوده إنما يفقد قوته الملزمة فلا يجبر المدين قضاءً على الوفاء به، غير أن المدين به إذا نفذه عن بينة واختيار صح التنفيذ واعتبر وفاءً بما في الذمة من حق لا تبرعًا. ولا يجوز التراجع فيه لاسترداد ما دفع.

المبحث الثالث

التمييز بين قواعد القانون وقواعد العدالة

تمهيد:

يقتضينا التمييز بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة، تعريف قواعد العدالة وتفصيل خصائصها أولا، والإشارة إلى وجوه الشبه والاختلاف بينها وبين خصائص القاعدة القانونية ثانيًا، والتعرف على مدى صلة القانون بها أخيرًا.

معنى قواعد العدالة:

لما كانت العدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص[1]، فإن في وسعنا القول أنها تعني الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس يمليه الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزائيات هادفة إلى إيفاء كل ذي حق حقه. وهذا الشعور يتأثر بمجموعة قواعد تعرف باسم قواعد العادلة تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وحسن التنظيم الاجتماعي وعليه، فإن العدالة تعني الشعور بالإنصاف شعورًا تمليه قواعد العدالة، أما قواعد العدالة فتعني مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة.

---

(١) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة. ص١٨٤.

خصائص قواعد العدالة:

تتميز قواعد العدالة بالخصائص الآتية:

أولاً: أنها عامة اجتماعية فهي عامة، شأنها شأن أية قاعدة، لأن أحكامها لا تنصرف إلى أشخاص محددين بذواتهم ولا إلى أفعال محددة بأسمائها. وهي اجتماعية، لأن العدالة تعبير عن مبدأ من مبادئ الحياة الاجتماعية، هو المساواة. والمساواة قاعدة من قواعد التنظيم الاجتماعي تهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع.

ثانيًا: أنها تصدر عن مثل أعلى يرمي إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما يمليه على المشرع في تشريعه، وعلى القاضي في قراراته، من لزوم توخي الإنصاف في وضع حلوله.

ثالثًا: أنها قواعد متغيرة لا توصف بالثبات. لأن العدالة رد فعل لأحداث اجتماعية، يقبل التغيير بطبيعته بتفاوت الزمان والمكان. ولأن العدالة لا تقوم على فكرة الخير المطلق وهو الخير في ذاته مجردًا من أي اعتبار آخر، وإنما تقوم على فكرة بذل الخير إلى الفرد والجماعة، وتقرير الخير والشر في ظل العدالة يتأثر بتباين الظروف. فقد يبدو التصرف الواحد خيرًا في ظروف ويظهر مصدر شر في ظروف أخرى. والحق أن فكرة المساواة التي ترتكز عليها العدالة هي وحدها الحقيقة الأبدية أما مظاهر العدالة وما تمليه من حلول فلا يمكن وصفها بالخلود والثبات لتأثرها بعاملي الزمان والمكان ومقتضيات الظروف والحاجات.

رابعًا: أنها لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة وإنما تملأ النفس شعورًا بالإنصاف فهي لا تملي على المشرع حكمًا قاطعًا ولا تلهم القاضي معيارًا دقيقًا ثابتًا وإنما يتجلى أثرها في التخفيف من صرامة الأحكام من جهة، وفي سد المنافذ أمام القاضي في طريق النكول عن الأحكام بحجة افتقاد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما يعرض عليه من قضايا من جهة أخرى.

خامسًا: أنها قواعد يشوبها الغموض والتشتت، فهي ليست واضحة المعالم والمدلول، بسبب تغاير مفاهيمها وحدودها بتغاير الظروف والحاجات. كما أن قواعدها لا تستقر في موطن واحد لأنها تستمد مثل أعلى يلهم النفوس شعورًا بالإنصاف وبسبب ما تقدم، يتعذر التعرف بدقة على هذه القواعد كما يعسر الإلمام سلفًا بأحكامها.

سادسًا: أنها قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء يلحق مخالفها. إلا أن جزاءها ليس من طبيعة واحدة، وإنما يختلف باختلاف دورها في الحياة القانونية فقد تقترن بجزاء مادي متى اعتبرت

مصدرًا رسميًا للقانون. وهي تعتبر كذلك، إذا أحال النص القضاء عليها عند افتقاد المصادر الرسمية المعروفة للقاعدة القانونية كالنص التشريعي وقواعد العرف. ويكون جزاؤها أدبيًا في الحالات التي لا تدخل فيها في عداد مصادر القانون الرسمية.

لذلك يصح القول أنها تقف من حيث القوة الملزمة وسطًا بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق فهي أضعف قوة من قواعد القانون وأقوى من القاعدة الخلقية. ذلك لأن قواعد القانون تقترن أبدًا بإكراه اجتماعي تقتضيه مصلحة الجماعة يبدو في صورة جزاء مادي هو العقاب، ولأن القاعدة الأخلاقية تتبع بمحض اختيار الأفراد وبدافع من إحساسهم بجدواها ويكون جزاؤها أدبيًا صرفًا في صورة وخز الضمير أو سخط المجتمع واشمئزازه، أما قواعد العدالة فتقرن جزاء مادي إذا وجب على القاضي الرجوع إليها في حكمه ويكون جزاؤها أدبيًا في الحالات التي لا يتحتم فيها على القاضي إليها. ومع ذلك فإن الدافع إلى اتباعها يبدو أقوى من الحافز الأخلاقي، لأن شعور المجتمع بجدواها لتحقيق النظام والصالح العام يكون أشد من إحساس المجتمع بجدوى التقيد بقواعد الأخلاق.

وجوه الشبه والاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة:

تشابه قواعد العدالة قواعد القانون في بعض الخصائص. ذلك لأنها قواعد عامة، كقواعد القانون وسائر القواعد. ولأنها تتميز بصيغتها الاجتماعية كسائر القواعد الاجتماعية. فقواعد العدالة تركز اهتمامها على التنظيم الاجتماعي كقواعد القانون، وخلافًا لقواعد الأخلاق التي توصف بأنها قواعد حياة فردية بسبب ارتكازها على فكرة الخير المطلق في تحديد سلوك الفرد تجاه غيره. إلا أن ثمة فروقًا هامة تقوم بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة نوجز ذكرها فيما يأتي:

أولا: اختلافهما من حيث الغاية المباشرة. فقواعد القانون تهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام واستقرار المعاملات وتقرير العدل، أما قواعد العدالة فتقوم على فكرة الخير شأنها شأن قواعد الأخلاق وإن كان الخير الذي ترمي إلى تحقيقه هو الخير الاجتماعي وليس الخير المطلق الذي تهدف قواعد الأخلاق إلى إدراكه. والخير المطلق هو خير الفرد أي الخير في ذاته مجردًا من أي اعتبار اجتماعي. أما الخير الاجتماعي فيعني إحسانًا فعليًا يصدر من شخص إلى آخر أو من فرد إلى الجماعة فيعمل على إشاعة الخير في المجتمع.

ثانيًا: اختلافهما من حيث الجزاء. ذلك لأن قواعد القانون تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة. أما جزاء قواعد العدالة فأدبي يوقعه ضمير المجتمع وضمير الفرد. وإن جاز أن يكون ماديًا تفرضه السلطة العامة عندما تعد قواعد العدالة مصدرًا رسميًا للقانون.

ثالثًا: اختلافهما من حيث الوضوح والاستقرار. فقواعد القانون قواعد واضحة المعالم لينة الحدود تستقر في مواطن معروفة يسهل الرجوع إليها والإلمام بمضمونها، أما قواعد العدالة فيكتنفها الغموض ويسودها التشتت ويعوزها الثبات. فلا موطن يجمعها يتيسر الرجوع اليه. ولا معالم محددة لها يسهل التعرف عليها. هذا فضلا عن تأثرها بتغاير الظروف والأوضاع والحاجات تأثر بعاملي الزمان والمكان.

رابعًا: ترشد قواعد القانون القاضي إلى حلول قاطعة يستفيد من نصوصها مباشرة عند وضوحها وبصورة غير مباشرة أي من طريق التفسير عند غموضها أو نقص أحكامها أما قواعد العدالة فلا تملي على أي من المشرع والقاضي أحكامًا قاطعة وإنما تملأ نفسيهما بشعور يوحي بالأحكام والقرارات المنصفة. ومدى الإنصاف في هذه الأحكام والقرارات أمر يتأثر تقديره بالظروف والأوضاع والحاجات والقيم الاجتماعية.

خامسًا: توصف قواعد القانون بالتجرد مادامت تعني بالظروف الجوهرية والاعتبارات الرئيسية دون دقائق الظروف وجزئياتها، لأنه تهدف إلى تحقيق العدل وتعتد في أحكامها بالوضع الغالب. ولما كانت قواعد العدالة تتوخى تحقيق الإنصاف الذي يقتضي الاهتمام بالظروف الخاصة والاعتبارات الثانوية فإن صفة التجريد فيها تبدو باهتة.

صلة القانون بقواعد العدالة:

تقوم بين القانون وبين قواعد العدالة وثقى نتبينها في أمرين. أولهما، أن دائرة قواعد العدالة تمثل أحيانًا مرحلة وسطى تمر بها قواعد الأخلاق في طريق تحولها إلى دائرة القانون. ذلك لأن نضج الوعي الاجتماعي وسمو إحساس الجماعة بجدوى بعض القيم الأخلاقية تفضي إلى تحول هذه القيم إلى قواعد قانون إلا أن هذا التحرك لا يبدو على نحو واحد في جميع المجتمعات وإنما يختلف باختلاف أنماط تطورها. أما إذا تطور المجتمع على نحو متدرج بتأثير من سمو الوعي الاجتماعي ونمو الإحساس بجدوى بعض القيم مرت قواعد الأخلاق بدائرة قواعد العدالة في طريق تحولها إلى دائرة القانون. فتتحول قواعد الأخلاق إلى قواعد عدالة ثم تصبح بعدئذ قواعد قانون.

ثانيهما: أن قواعد العدالة تؤثر كثيرًا في الحياة القانونية. ويبدو تأثيرها في اتجاهين. هما،

تأثيرها في دائرة التشريع، وتأثيرها في نطاق القضاء. ذلك لأن المشرع، ما دام هو الحفيظ على الصالح العام والساهر على تحقيق العدل والآخذ بيد المجتمع في طريق التقدم والأصلاح، ومادامت قواعد العدالة تستهدف خير المجتمع والسمو بالتنظيم الاجتماعي، فعليه أن يستلهمها وإن يستقي أحكامه منها.

وكلما قطع المشرع في درب التشبع بروح الإنصاف فيما يصوغه من نصوص شوطا أبعد، كلما اقترب بقانونه من مرتبة الكمال:

ولأن على القاضي أن يرجع إلى قواعد العدالة ليؤسس حكمه عليها متى افتقد النص القانوني وعجز عن استنباط الحكم في قضية ينظرها من المصادر الرسمية الأخرى للقانون وقد ألزمته طائفة من القوانين الوضعية الحديثة بذلك، ومنها القانون المدني العراقي فجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيننا المدني ما يأتي (فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وواضح، أن المشرع العراقي وغيره من المشرعين، قطعوا بهذا النص على القاضي طريق الامتناع عن إصدار الحكم في قضية معروضة عليه بحجة افتقاد المصادر الرسمية المعروفة للقانون، وذلك بإلزامه بالرجوع إلى قواعد العدالة لإصدار حكمه في كل حالة يفتقد فيها المصادر الرسمية التي تعلوها منزلة: ومع أن قواعد العدالة ليست واضحة المدلول ولا بينة المعالم، إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه ليحسم القضية المنظورة من قبله وفق ما يقتضيه الشعور بالانصاف من تقرير العدالة بين الناس: وعلى القاضي عندما يستوحي حكمه منها، أن يصدر في اجتهاده عن اعتبارات موضوعية وليس عن اعتقاده الخاص. فلا يحق له أن يؤسس حكمه على عقيدته ومثله وأفكاره الخاصة وإن يطبق ما كان يضعه هو من قواعد لو أنيط به تشريعها، وإلا أصبح القاضي مشرعًا وهو أمر لا يجوز. وإنما عليه أن يتأثر بالاعتبارات الموضوعية التي تلم بمجتمعه، وأن يسترشد بالمبادئ العامة للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية، سواء كانت مبادئ قانونية تقوم عليها تشريعات دولته أو مبادئ قانونية مشتركة بين قوانين الأمم.

والحق، أن لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء اليد الطولى في تطوير القانون: فقد عمل القضاء من طريق الاجتهاد في الرأي على تلا في قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من

النظريات والأحكام العادلة، كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ومبدأ تحمل التبعة ومبدأ الضمان وأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ مفروض وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

المبحث الرابع

صلة القانون بسائر العلوم الاجتماعية

يقصد بالعلم الاجتماعي، العلم الذي يتوافر على دراسة الإنسان باعتباره عضوًا في مجتمع. وعلم القانون كما تبين لنا، علم اجتماعي، لأنه يضم قواعد سلوك اجتماعية تحكم تصرفات الفرد وتنظم علاقاته مع ابناء جنسه. ومادام القانون يستقر في دائرة العلوم الاجتماعية، فلابد من وجود صلة وثقى بينه وبين سائر هذه العلوم، كعلم السياسة والاقتصاد والاجتماع والتاريخ والفلسفة وغيرها. تبدو في صورة تأثره بها وتأثيره فيها.

أما علاقته بعلم السياسة فتتضح حين يعرض القانون لتنظيم الكيان السياسي للدولة، محددًا شكل نظام الحكم، والسلطات القائمة فيها، منظمًا العلاقات بين هذه السلطات من جهة وبينها وبين الشعب من جهة ثانية. ذلك لأن على المشرع عندما يتصدى لهذا التنظيم، أن يحيط علمًا بالنظريات السياسة من جهة وبالظواهر السياسة في دولته من جهة أخرى ليجيء ما يصوغه من قواعد ترجمة للفكر السياسي في مجتمعه وبلورة لما يتلقفه من علم السياسة من نظريات في ضوء الاتجاه السياسي الذي يتسلط على مجتمعه وفلسفة نظام الحكم فيه.

وصلته بعلم الاقتصاد تتجلى في دائرة المعاملات المالية. فهو إذا اتجه إلى تنظيم علاقة الفرد بغيره من حيث المال وتحديد سلطة الشخص على المال، التفت إلى علم الاقتصاد لينهل منه الحلول. وإذا كان علم الاقتصاد يعني بالبحث في انتاج الثروة وتوزيعها، فإن القانون تولى تنظيم كثير من هذه الجوانب بما يقرره من قواعد للملكية ومن ثم تنظيم لتداول الأموال ومن رسم لنظرية العقد، والعقد أداة هامة في تداول المال. كما تلعب الاعتبارات الاقتصادية دورًا

هامًا في نشوء القاعدة القانونية، فإن مضمون هذه القاعدة يتأثر دائمًا بالسياسة الاقتصادية للدولة وبالفكر الاقتصادي الذي يسودها.

وأما تأثره بعلم الاجتماع فيبدو حين يتصدى لتنظيم واجبات الفرد ومسلكه حيال أفراد جنسه، ويظهر جليًا في دائرة الأحوال الشخصية عندما يتناول بالتنظيم علاقة الفرد بأسرته. وإذا كان علم الاجتماع يعني بدراسة الظواهر الاجتماعية ومتابعة سلوك الفرد في الجماعة، فقد تفرع منه في الوقت الحاضر فرع يطلق عليه اسم علم الاجتماع القانوني الذي يركز اهتمامه على دراسة سلوك الشخص تجاه القواعد القانونية المطبقة وعلى استخلاص النتائج الاجتماعية المترتبة على سن تشريع أو تعديله أو إلغائه.

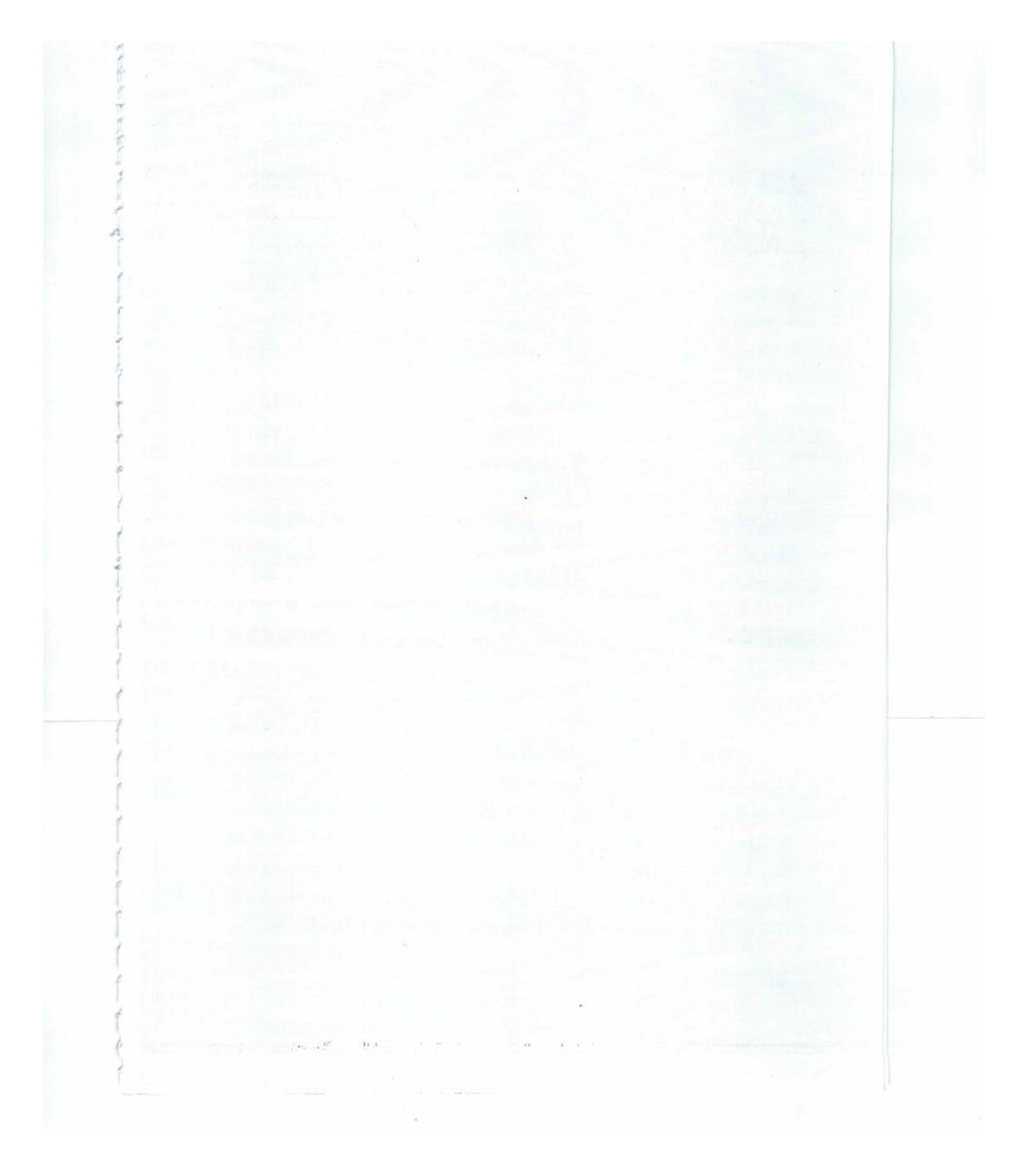
ويعتبر هذا العلم موجهًا للسياسة التشريعية من جهة ودليلاً على نجاحها أو فشلها من ناحية أخرى. فهو الذي يحفز المشرع على سن قاعدة تعالج وضعًا اجتماعيًا ينذر بالخطر، أو على إلغاء قاعدة أثبت علم الاجتماع القانوني أنها ولدت ميتة، أو على تعديل قاعدة كشف هذا العلم عن عجزها وقصورها عن تحقيق الغرض المرجو منها.

ورابطته بعلم التاريخ لا سبيل إلى إنكارها لأن الدراسة التاريخية تلقي الضوء على القواعد القانونية القديمة وتعين رجل القانون في تقديرها وتحدد مسلك المشرع حيالها. فهي بما تقدمه من معلومات تكفل للمشرع نهجًا سليمًا في تشريعه فيحدد بعونها موقفه من القواعد القديمة من نبذ أو إبقاء. وهي تساعد رجل القانون في تفهم القواعد القائمة التي قد لا يسهل إدراكها إلى في ضوء الإلمام بالظروف المحيطة بها وقت نشوئها. وهي بما تزخر به من تجارب ماضية تسهم في إقامة الحاضر على أسس قانونية متينة.

وللقانون صلة وثقى بالدراسات الفلسفية وبكل من علم النفس وعلم المنطق. إذ تضفي الفلسفة على البحث القانوني الأصالة والعمق وسعة الإحاطة. ويعين علم النفس في وضع القاعدة القانونية مضمونًا وصياغة وزمنًا على نحو ينسجم مع الرغبات الكامنة في نفوس الجماعة: ويساعد علم المنطق في تحديد مضمون القاعدة القانونية وتبريرها وتفسيرها.

وخلاصة القول أننا نجد تداخلاً واضحًا وتأثيرًا متبادلا بين القانون وسائر العلوم الاجتماعية. وإذا قلنا أن قواعد القانون تعتبر تنظيمًا دقيقًا لما يستخلص من هذه العلوم، لزمنا القول أن قواعد القانون هي التي ترسم حدود العلوم الاجتماعية الأخرى وتحدد نصيبها من التطبيق في واقع الحياة وتتولى مضمونها تعديلاً وتهذيبًا. ولذلك فإننا إذا تطلبنا من رجل القانون الإلمام بقسط من المعرفة في مختلف العلوم الاجتماعية فيحسن بنا أن نطلب من كل

متخصص في أي علم اجتماعي الإلمام بالمبادئ الأساس التي تحدد الإطار القانوني المحيط بتنظيم المجتمع. ويسبب هذا التداخل والتأثير المتبادل نظر الباحثين إلى العلوم الاجتماعية كمجموعة من الثقافات تتابع دراسة سلوك الإنسان زمانًا ومكانًا وأطلقوا عليها اسم مجموعة العلوم الإنسانية.



الباب الثاني

مصادر القانون

الفصل الرابع:

المصادر الرسمية

الفصل الخامس:

المصادر التفسيرية أو غير الرسمية

مصادر القانون

يحسن بنا بعد أن تعرفنا على القاعدة القانونية فحددنا معناها وتفهمنا خصائصها أن نتابع دراستها في نشوئها وتطبيقها وفنائها. بتسلسل منطقي وذلك يقتضينا أن نصدر بحوثنا فيها بدراسة مصادرها. فقد تبين لنا في الباب الأول أنها تبدو في صورة تكليف تتوجه به إلى الأشخاص في المجتمع سلطة آمرة. تملك حق التكليف أيًا كانت دوله، أو مجتمعًا أو الذات الإلهية فتعرضه وتكفل احترامه. ونريد في هذا الباب أن نكشف عن كيفية نفاذها إلى حيز الوجود والتطبيق واكتسابها صفة الشرعية والإلزام.

معنى المصدر:

يراد بهذا اللفظ الأصل الذي يرجع إليه الشيء أو الينبوع الذي ينبع منه. وعلى هذا المعنى اللغوي ركز رجال القانون اهتمامهم في بحث مصادر القانون إلا أنهم قرنوا هذا اللفظ بوصف يؤثر في تحديد موقع المصدر في دائرتي نشوء القاعدة أو تطبيقها الملزم وقد أدى تعدد الأوصاف لفظ المصدر إلى تعدد معانيه من حيث موقعه. وتبرز من هذه المعاني أربعة هي الآتية:-

أولا- المصدر التاريخي ويقصد به المرجع الذي استقى منه المشرع أحكام تشريعه فيقال إن المشرع العراقي استمد أحكام القانون المدني من مصدرين تاريخيين هما الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري.

ثانيًا- المصدر المادي أو الحقيقي والموضوع. وهو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها أي بمادتها. ويعني جميع الأصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الأخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود مجتمعنا. ويصب اهتمامه على دراسة الإنسان طبيعيًا ووسطًا وظروفًا. والإلمام بالمصادر المادية يفيد الإجابة عن السؤال مم يتكون القانون؟ وهي إجابة تقتضي البحث في طبيعة القانون والتطرق إلى مختلف النظريات والاتجاهات المتباينة التي نشأت في نطاق هذا البحث.

ثالثًا- المصدر الرسمي. ويعني الطريق الذي تنفذ منه القاعدة أو الوسيلة التي تخرج بها إلى حيز الوجود لتصبح واجبه التطبيق ويسمى أيضًا المصدر الشكلي فهو يسمى مصدرًا رسميًّا لأنه يعني الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها منه فتصبح واجبه الاتباع وهو يسمى مصدرًا شكليًّا لأنه يعني الشكل الذي تظهر منه الإرادة الملزمة للجماعة. وبهذا المعنى نقول أن التشريع والعرف مصدران رسميان للقانون.

رابعًا- المصدر التفسيري ويعني المرجع الذي يستعان به لإزالة ما في ألفاظ القاعدة من غموض ولا ستكمال نقص أحكامها ولإزالة التعارض بين أحكام عدد من القواعد وقد يسمى المصدر التفسيري مصدرًا غير رسمي.

فنقول إن الفقه والقضاء يعتبران من المصادر التفسيرية في أكثر الأنظمة القانونية المعاصرة.

المعنى الذي سيتحدد به بحثنا:

لن نتطرق في هذا البحث إلى المصادر المادية أو الحقيقية للقاعدة القانونية لأنه بحث يعنون عادة بدراسة طبيعة القانون وقد استبعدته مناهج الدراسة في كلية القانون والسياسة من موضوعات أصول القانون الذي يدرس في السنة الأولى تقديرًا منها لسعة البحث وتشعبه ولأن الإلمام به يدق على طالب القانون في المرحلة الدراسية الأولى.

وسنذكر اهتمامنا على المصادر الرسمية للقانون على اعتبارها وسائل التعبير الملزمة والتي تكسب القاعدة القانونية عن طريقها صفة الإلزام في التطبيق.

وسنعني كذلك بالبحث في المصادر التفسيرية للقانون تقديرًا منا لصلتها الوثقى بالمصادر الرسمية. فهي التي تعين رجل القانون في توضيح ما يشوب القاعدة القانونية من إبهام أو مايكتنفها من نقص أو ما يلاحظ من تعارض بينها وبين غيرها. وكثيرًا مارجع المشرع إلى آراء الفقهاء وأحكام القضاء وهما مصدران تفسيريان في ظل أغلب القوانين ليستمد منها بعض أحكام قانونه وقد ترقى منزلة المصادر التفسيرية أحيانًا اسم المصادر غير الرسمية تمييزًا لها عن المصادر الرسمية. ذلك لأن المصارد الرسمية تعتبر مصادر إلزام أما المصادر غير الرسمية فتعتبر مصادر إيحاء وإقناع.

حصر مصادر القانون وتفاوت أهميتها:

يقتضينا استقراء التاريخ البشري، الإلمام بمواقع الحياة القانونية المعاصرة وإمعان النظر في طبيعة الحياة الاجتماعية. القول أن مصادر القانون ستة هي من حيث تسلسل ظهورها الزمني في رأينا: العرف والدين والتشريع والفقه والقضاء وقواعد العدالة. فقد اقتضى وجود المجتمع البشري نشوء الروابط الاجتماعية. وافضى قيامها إلى تصادم الحقوق ونشوء المنازعات. فكان لابد من العثور على حل النزاع. وقد أعمل الإنسان عقلة لحله وهداه تفكيره إلى الحل المنشود. ثم توافر اتباع نفس الحل في المنازعات المماثلة بدافع من حب التقليد تشبثًا بإقرار الأمن والنظام وكان اتباعه بادئ الأمر بمحض الاختيار. ثم أضحى بعد زمن كفل للحل الاستقرار والرسوخ ونما خلاله شعور الجماعة بضرورته. حلاً واجب الاتباع. فأصبح ملزمًا وصار قاعدة عرف وأضحى العرف أول مصدر للقانون في المجتمع البدائي. ثم ظهر التشريع كمصدر آخر عندما دخل المجتمع دور التنظيم الساسي وبرزت فيه سلطة

يدين لها الأفراد بواجب الولاء.

فأخذت تعلن قواعد العرف مباشرة أو بعد أن تتولاها تهذيبًا. وتضع ما تـراه لازمًـا مـن قواعد قانونية أخرى في صورة تشريع تسنه وتتوجه به إلى أفراد مجتمعها. وقد ظهرت الأديان في المجتمعات البدائية قبل وجود التشريع لتهذب قواعد العرف القائمة قصورها. كما تنزلت الأديان السماوية معاصرة أو تالية لنشوء المجتمعات المنظمة تنظيمًا سياسيًّا، سواء ما نزل منها في صورة تشريع إلهي تلتزم الدولـة باتباعـه. أو في صـورة قواعـد القانونيـة روح الفـضيلة. مستهدفة السمو بالنفس الإنسانية ورامية إلى تحقيق خير الجماعة وبرز الفقه والقضاء بعد حين كمصدرين رسميين للقانون. فأصبحت آراء الفقهاء وأحكام القـضاء مـن مـصادر القـانون وصارت السوابق القضائية بعد التنظيم القضائي قواعد ملزمـة للمحـاكم وقـد كـان اعتبـار قواعد العدالة مصدرًا رسميًّا للقانون قرينًا بالقضاء في وجوده فكثير ما عالج القـضاء جمـود القانون الوضعي أو نقصه باللجوء إلى قواعد العدالة ليستلهمها الأحكام.

ومصادر القانون وإن كانت بمجموعها تكاد تكـون واحـدة في جميـع المجتمعـات إلا أن تحديد ما يعد منها مصدرًا رسميًّا وما يعتبر مصدرًا تفسيريًّا تبعًـا لاهميتهـا يختلـف بـاختلاف الجماعات وفقًا لظروفها ويتباين بتفاوت الزمان ولا يشذ عـن ذلـك غـير التـشريع والعـرف اللذين أجمعت المجتمعات قديمها وحديثها على اعتبارهما مـصدرين رسـميين للقـانون عـلى تفاوت بينهما من حيث الأهمية. ولذلك يوصفان بأنهما المـصدران العامـان للقـانون لاطـراد وجودهما كمصدرين رسميين في جميع الشرائع عبر العصور. أما ماسواهما مـن المـصادر فقـد تباينت أهميتها بحسب المكان والزمان فقد كان الدين يومًا مـا وفي المجتمـع الإسـلامي قمـة المصادر الرسمية للقـانون. ولكـن أهميتـه تـضاءلت في وقتنـا الحـاضر في كثـير مـن الـدول الإسلامية ليعتبر مصدرًا رسميًّا أصليًّا في نطاق ضيق تـارة ومـصدرًا رسـميًّا احتياطيًّـا تـارة أخرى. والفقه والقضاء حلا منزلة سامية بين المصادر الرسمية في بعض المجتمعـات غـير أن أحدهما وهو الفقه يقبع الآن في دائرة المصادر التفسيرية. ولا يرقى ثـانيهما إلى مرتبـة المـصادر الرسمية إلا في مجتمعات معاصرة قليلة العدد.

ومع ذلك وأيًّا كان نصيب الدين من الأهمية في دائرة مصادر القانون. إلا أنه لا يخلـو مـن أثر في الحياة القانونية. فهو من العوامل الاجتماعية التي تتفاعـل مـع حقـائق الحيـاة لتجـيء القاعدة القانونية ثمرة هذا التفاعل. كما أن الفقه والقضاء رغم ابتعادهما عـن دائـرة المـصادر الرسمية واستقرارهما في كثير من المجتمعات المعاصرة في منطقة المصادر التفسيرية إلا أن مما

لاشك فيه أنهما يسهمان في إنشاء القاعدة القانونية وتوجيه المصادر الرسمية على اعتبارهما مصدري إبداء بما ينبغي نفاذه من قواعد السلوك الاجتماعي إلى دائرة القانون.

مصادر القانون العراقي.

حددت المادة الأولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون في فقرتيها الثانية والثالثة. فقد عددت فقرتها الثانية المصادر الرسمية ونصفت على ما يأتي:-

«فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة».

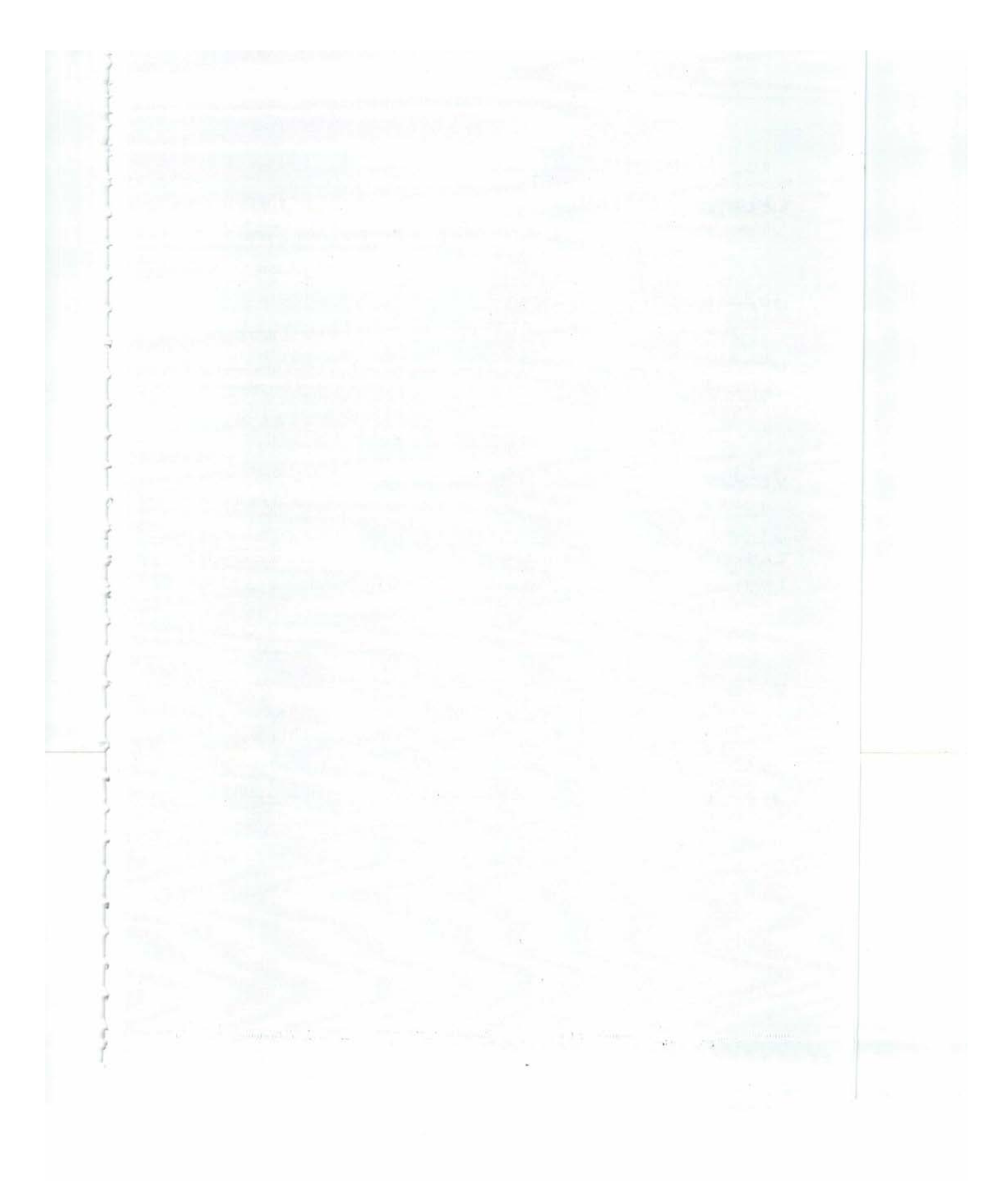
وأشارت فقرتها الثالثة إلى المصادر التفسيرية فقضت بما يأتي

«وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية».

يتضح من نص الفقرة الثانية. أن المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي أربعة. هي بحسب تسلسل أهميتها: التشريع والعرف ومبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة. أما المصادر التفسيرية فهي طبقًا لنص الفقرة الثالثة مصدران هما القضاء والفقه.

تقسيم البحث:

وسيكون بحثنا في مصادر القانون في ضوء ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني العراقي. فنقسم هذا الفصل إلى فرعين نتكلم في أولهما في المصادر الرسمية للقانون. ونتناول في ثانيهما البحث في مصادره التفسيرية. وإذا كنا نلتزم في تسلسل البحث بما حدده القانون المدني العراقي من مصادر رسمية ومصادر تفسيرية وبترتيبه لها إلا أننا لن نقصر نظرتنا على القانون العراقي وحده بل سنبحث في هذه المصادر بحثًا عامًا لنكشف عن مدى أهميتها في مختلف المجتمعات عبر العصور ومدى تأثيرها في تطور القانون.



الفصل الرابع

المصادر الرسمية أو الشكلية للقاعدة القانونية

المصادر الرسمية للقانون العراقي:

حددت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي مصادر القانون العراقي الرسمية وذكرتها حسب تسلسل أهميتها: -

فجعلت النص التشريعي أعلاها منزلة واعتبرته المصدر الأصلي. فإذا لم يجد القاضي نصًّا يطبقه تحتم عليه الرجوع إلى مصادر رسمية أخرى، هي بمثابة مصادر احتياطية. ويتقدم العرف هذه المصادر الاحتياطية تليه مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص التقنين المدني دون التقيد بمذهب معين. فإن لم يجد القاضي قاعدة عرف أو مبدأ شرعيًّا. فعليه أن يرجع إلى قواعد العدالة ليستلهم منها حكمه. وهو في رجوعه إليها إنما يجتهد برأيه. غير أن عليه أن يصدر في اجتهاده عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص.

وجدير بالذكر. أن ما تولى المشرع العراقي تحديده اسمًا وترتيبًا في الفقرة الثانية من المادة الأولى المشار إليها. هي المصادر الرسمية للقانون المدني. أما بالنسبة إلى سواه من القوانين فإن أهمية بعضها تتضاءل أو تتلاشى. وقد تبرز إلى جانبها مصادر رسمية أخرى. وإذا كان التشريع يحل منزلة سامية بين المصادر الرسمية في مختلف فروع القانون فإن المصادر الأخرى لا تحل نفس المنزلة. بل يتفاوت نصيبها من الأهمية بتفاوت فروع القانون فالتشريع هو المصدر الفرد للقانون العقابي. والتشريع والعرف هما مصدر القواعد الدستورية والتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية هما المصدران الرسميان الوحيدان لمواد الأحوال الشخصية. ولقانون العمل مصادر متعددة. يختلف بعضها عن مصادر القوانين الأخرى منها مصادر رسمية داخلية كالتشريع والعرف وأحكام القضاء ومنها مصادر ذات صفة غير رسمية كالقرارات النقابية وعقود العمل الجماعية، ومنها مصادر دولية كالمعاهدات الدولية سواء كانت هذه المعاهدات ثنائية تعقد بين دولتين لتحديد شروط العمل الواجبة التطبيق على رعايا الدولتين عند انتقالهم إلى الدول الأخرى أو كانت تبرم عن طريق منظمة العمل الدولية لوضع قواعد تنطبق على الدول الموقعة على المعاهدة. وللقانون التجاري مصادر رسمية هي نصوص القانون التجاري والمدني والاتفاقيات والعرف التجاري. ومع ذلك فإن المصادر

الرسمية المحددة في التقنين المدني هي ما نعتدبها في بحثنا هذا. فالتشريع مصدر عام لجمع القوانين والعرف مصدر عام لجميع القوانين. باستثناء القانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية والشريعة الإسلامية تبسط سلطانها في دائرتي الأحوال الشخصية والقانوني المدني.

وعلى العموم فإن تضائل أهمية بعض هذه المصادر في بعض فروع القانون أو انعدامها وظهور مصادر رسمية أخرى لبعض القوانين تقف إلى جانبها مما يتناوله شراح هذه القوانين بالتفصيل لابعض من قيمة ما تولى القانون المدني تحديده من المصادر. فالقانون المدني هو عماد القانون الخاص بمختلف فروعه وإلى المصادر الرسمية التي ذكرها يمكن أن ترد إليها أغلب مصادر فروع القانون الأخرى.

تقسيم:

وفي ضوء ما تقدم من بيان للمصادر الرسمية للقانون. سنوزع هذا الفصل إلى اربعة مباحث. نخصصها للكلام في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة على التوالي ويلاحظ على هذا التقسيم أننا لم نفرد للقضاء مبحثًا خاصًا بالرغم من اعتباره مصدرًا رسميًا للقانون في بعض المجتمعات المعاصرة. وسبب ذلك أننا أثرنا التصدي للبحث فيه في معرض تفصيلنا للمصادر التفسيرية للقانون تأثرًا منا بوضعه الغالب. فالقضاء يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون حيث يوجد نظام السوابق القضائية وكثير من القوانين الحديثة لا تقر هذا النظام. وذلك فهو يعتبر في أغلب المجتمعات المعاصرة مصدرًا تفسيريًا للقانون فحسب. غير أننا وعند الكلام فيه سنعرض إلى تفاوت أهميته بتفاوت المجتمعات ونشير إلى منزلته كمصدر رسمي للقانون في بعضها.

المبحث الأول

التشريع

تعريف التشريع:

تفيد كلمة التشريع معنيين أولها: قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام. والتشريع بهذا المعنى هو ما يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون وثانيها النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة

المتضمن قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة. والتشريع بهذا المعنى يفيد ما يفيده القانون بمعناه الخاص. يتضح من ذلك أن التشريع بمعناه الأول يعني عملية سن النص التي يخرج بها مضمونه إلى حيز الوجود والإلزام. وهو بمعناه الثاني: يعني النص في حد ذاته الذي يعتبر صورة من صور القانون.

خصائص التشريع:

يتميز التشريع بالخصائص الآتية:-

١) قيام سلطة عامة مختصة بوضعه.

٢) اشتماله على قاعدة تتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد والزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع.

٣) صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة.

مزايا التشريع وعيوبه:

يتميز التشريع بجملة من المزايا يفضل بها غيره من المصادر الرسمية للقانون هي:

١) **وضوحه:** ذلك لأن وضعه في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة وصبه في لغة بعيدة عن التعقيد سليمة من الإبهام عوامل تضفي عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.

٢) **سريانه على إقليم الدولة برمته:** ذلك لأن وضعه من قبل سلطة عامة وقدرة الدولة على ضمان طاعته، تجعل من السهل إصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها. ونفاذه في كل إقليم الدولة يقضي إلى تبسيط التعامل. وإلى توحيد النظام وتوثيق الروابط بين فئات الشعب. وتقوية الأواصر بين أفراد الدولة في مختلف أرجائها. وبذلك يكون عاملاً على تحقيق الوحدة القانونية في الدولة وتنمية التضمن بين أفرادها.

٣) **سرعة سنه وتعديله:** ويتميز التشريع بقصد الوقت الذي يستغرقه صنعه مما يؤدي إلى سرعة في الإنتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة أو إلى تعديل ما هو قائم منها كلما جد جديد في أوضاعه ومتطلباته.

٤) **أثره الهام في تطور المجتمع:** ذلك لأن وضعه من قبل سلطة مختصة وسرعة سنة وإسهام الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه عوامل تجعل منه أداة. هامة لإصلاح المجتمع والأخذ بيده في طريق التطور السريع.

وعلى الرغم من هذه المزايا فإن ثمة عيبين يكمنان فيه ينشآن عن كونه وليد المشرع.

أولهما: أنه قد يؤدي إلى جمود القانون وقعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضيات التطور. فقد يصدر التشريع عن مصالح ذاتية وأهواء شخصية لا تتفق والصالح العام. وقد يهدف المشرع إلى تحقيق مصلحة المجتمع ولكنه يخيب في تشريعه عن الاستجابة لها؛ لأنه لم يستلهم العوامل الاجتماعية المختلفة التي تسهم في تكوين القاعدة من دين ومثل وتقاليد وبيئة. وقد يستجيب المشرع فيما يسنه لمتطلبات المجتمع. ولكنه يقعد عن تعديل ما سنه أو عن إلغائه إذا تغايرت الظروف وتباينت الحاجات، والمجتمع في تطور مستمر.

وثانيهما: أنه قد يتسبب في اضطراب المعاملات والإخلال باستقرار الواجب لها. قد يقصد المشرع تلبية حاجة المجتمع ولكنه يتعجل في سنه فيغلب عامل السرعة عامل الدقة في الصياغة. وقد يفوته استلهام جميع المصادر الحقيقية للقاعدة، لاسيما العوامل الاجتماعية فيجيء تشريعه معيبًا أو قاصرًا أو متعارضًا مع غيره من التشريعات التي اطمأن لها الناس في روابطهم. وعندئذ يلاحق ما أصدره بالتعديل. وقد تتوالى التعديلات لقصور في أحكامها تتسبب فيه عدم أناة المشرع وتسرعه في إصدارها قبل أن يعي جوانب النقص وقبل أن يمعن النظر في جميع المصادر المادية للقاعدة القانونية وتكاثر التشريعات وتوالي تعديلاتها في مساءلة معينة تثير المشاكل التي تنشأ عن التنازع فيما بينها من حيث الزمان ويزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره للمعاملات.

ومع ذلك فإن من اليسير تلافي هذين العيبين بثلاث وسائل. أولها: إحكام صنعه التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة. وثانيها: إسهام ممثلي الشعب في سن التشريع وبذلك يحال دون تحكم السلطة في وصفه. ويقلل إلى حد كبير احتمال سن تشريعات لا تتفق مع أوضاع المجتمع وحاجاته ولا تتجاوب مع إحساسه ومثله وآماله. ثالثها: ملاحقة المشرع له بالتعديل كلما تطلبت ذلك حاجة المجتمع وتطور أوضاعه وقيمه. بشرط أن يتأنى المشرع في التشريع وإن يحيط إلمامًا بجوانب نقص التشريع القائم. مستهديًا بالعوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية التي يجيء مضمون القاعدة ثمرة تفاعلها. وإن يتجنب موالاته له بالتعديل بين فترات قصيرة موالاة تربك التعامل وتنقص من هيبة القانون.

أهمية التشريع وتفوقه على غيره من المصادر الرسمية للقانون:-

يحل التشريع في المجتمعات المعاصرة منزلة الصدارة بين مصادر القانون ويعتبر المصدر الأصلي العام للقانون.

ويقصد بالمصدر الأصلي المرجع الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه ابتداء للوصول إلى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستنبط من مضمونها حكمه والتشريع مصدرًا أصلي للقانون فعلى القاضي أن يرجع إليه أولاً لحسم ما يعرض أمامه من قضايا ولا يجوز له الركون إلى غيره من المصادر الرسمية إذا لم يجد قاعدة تشريعية أو أحال النص التشريعي القاضي إلى مصدر آخر يستنبط منه حكمه. ويطلق على المصادر الرسمية التي لا يجوز الرجوع إليها في حالة وجود القاعدة التشريعية مصطلح المصادر الاحتياطية للقانون كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، في القانون المدني العراقي.

ويقصد بالمصدر العام للقانون كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصر على مسائل معينة. وإنما يعم جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل إلا ما استثنى من الخضوع له وأحال المشرع حكمه إلى مصدر رسمي آخر. والتشريع مصدر عام للقانون؛ لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي. وهو في ذلك يتفوق على غيره من المصادر الرسمية.

ويعزى تفوق التشريع في المجتمع المعاصر إلى السببين الآتيين:-

أولها: ما يتمتع به من مزايا أشرنا إليها. أما عيوبه فمن الميسور تلافيها بالوسائل التي مر بنا ذكرها. وهي على العموم قليلة الأهمية إذا ما قورنت بكثرة مزاياه. ثانيها: ما جد في المجتمع المعاصر من قيم وأحداث أعلت من شأن التشريع وجعلت منه أداة لتحقيق مفاهيمها نحاول حصرها فيما يأتي:

١) قيام الديمقراطية واستقرار قيمها: ذلك لأن القيم الديمقراطية تعني الإيمان بسيادة الشعب والتمسك بحقوق أفراده وضمان ذلك يقتضي أن يكون القانون المكتوب هو الصورة الغالبة للقانون لينص فيه على حقوق الشعب وضمان حرياته وليناط سنه بسلطة يجري تكوينها وفق إرادة الأمة لتضم من يختاره الشعب ويودع ثقته فيه تعبيرًا عن سيادته. كما أن إسهام الشعب في تصريف شؤونه يتم عن طريق ما تسنه السلطة التشريعية من تشريع عادي. وهو أبرز صور التشريع تنظيمًا للحياة العامة.

٢) رسوخ الاشتراكية وتجسيد مفاهيمها في كثير من المجتمعات المعاصرة والقيم الاشتراكية تهدف إلى تغير معالم المجتمع ومثله والسير به نحو حياة افضل يشيع فيها العدل والخير العام وهي تفيد تدخل الدولة في مختلف ضروب النشاط واحتكار توزيع مزايا الحياة الاجتماعية وأعبائها. وتدخل الدولة يتحقق عن طريق القانون الذي تنفذ بواسطته إلى دائرة

الروابط الاجتماعية لتتولاها رقابة وتوجيها، وتتخذ منه سبيلاً لتحقيق العدالة التوزيعة وتجعل منه أداة للخدمة العامة.

٣) تطور المجتمع بما اقترن به من تعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة. فقد أدى تعدد وتعقد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الحديث إلى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي تكفل استقرار المعاملات وتتولى تنظيم الحياة الاجتماعية. والتشريع أفضل مصادر القانون مواجهة للتطور لما يتميز به من دقة ووضوح وثبات وسرعة في الإنشاء والتعديل. كما أن توطد سلطان الدولة مكنها بما لها من قوة القهر على فرض احترام ما تسنه من قواعد تشريعية تستجيب لمقتضيات التطور.

تقسيم البحث:

بعد أن تعرفنا على التشريع يحسن بنا الإلمام بأكثر جوانبه بإيجاز ولذلك تقضينا الإحاطة علمًا بهذه الجوانب أن نوزع هذا المبحث على فروع متعاقبة نخصصها للبحث الوجيز فيما يأتي:

١) أنواع التشريع وطرق سنها.

٢) نفاذ التشريع والرقابة على صحته.

٣) نطاق التشريع من حيث المكان والزمان.

٤) تفسير التشريع.

٥) إلغاء التشريع.

٦) التقنين وهو صورة هامة من صور التشريع.

الفرع الأول

أنواع التشريع وطرق سنها

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة فنجده على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي: التشريع الدستوري والتشريع العادي والتشريع الفرعي ويحل التشريع الدستوري المرتبة العليا. ويليه التشريع العادي من حيث القوة أما التشريع الفرعي فيحل المرتبة الثالثة.

وسنتكلم بإيجاز في هذه الأنواع الثلاثة محددين معانيها مبينين طرق سنها.

أولاً- التشريع الدستوري أو الدستور.

وهو التشريع الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة ويحدد طريقة ممارسة الحكام السلطة فيها. فهو يحدد شكل الحكم في الدولة ويعين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وينظم علاقات بعضها ببعض وعلاقاتها بالأفراد ويقرها للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة.

وقد عرف التشريع الدستوري في العراق باسم القانون الأساسي في العهد الملكي وهو القانون الأساسي الصادر في (٢١/ آذار سنة ١٩٢٥ وعرف باسم الدستور في العهد الجمهوري وقد صدرت في العهد الجمهوري ستة دساتير هي الآتية.

أولها: دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ المؤقت. ثانيها: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣، أو دستور ٤نيسان لسنة ١٩٦٣. ثالثها: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ أو دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ رابعها: دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت الذي عدلت أحكامه بموجب القانون رقم ١٣٧ الصادر في ١٨ أيلول ١٩٦٥. خامسها: دستور ٢١ أيلول سنة ١٩٦٨ المؤقت، الذي عدلت أحكامه بقوانين لاحقة أبرزها التعديل الرابع لدستور الوزراء فأصبح رئيس الجمهورية رئيس الحكومة. وأعقبه القانون رقم ٢٢٤ سنة ١٩٦٩ وهو قانون تعديل قانون السلطة التنفيذية رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغى ديوان مجلس الوزراء. سادسها: دستور ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ المؤقت الذي وعد بإصدار دستور دائم. وهو الدستور القائم.

سن التشريع الدستوري أو الدستور:

تختلف طريقة سن الدستور أو السلطة التي تتولى وضعه باختلاف الأوضاع السياسية في المجتمع ويصدر الدستور عادة بواحدة من أربع طرق فقد يصدر في صورة منحة من الحكام في الدولة إلى الشعب أو في صورة عقد بين الشعب وبين صاحب السلطة. وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب. وقد يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء وإذا أمعنا النظر في هذه الطرق. وجدنا أن الطريقة الأولى والثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تتأسس على فكرة سيادة الشعب واعتباره مصدر السلطات. فالدستور يصدر عن طريقهما في مجتمعات لم تستقر فيها القيم الديمقراطية وإن كان صدوره يجيء في الغالب بتأثير من الضغط

الشعبي. أما الطريقتان الأخريان فأنهما تنسجمان مع مبدأ سيادة الشعب وإن كانتا تتفاوتان من حيث مدى إسهام الشعب في سن دستورها. فسنه عن طريق جمعية تأسيسية ينتخب الشعب أعضاءها في سن أعضائها يكون أصدق تعبيرًا عن الإرادة العامة وأوسع مجالاً لتمحيص أحكامه من قبل من وضع الشعب فيهم ثقته عن طريق الانتخاب. أما سنه عن طريق الاستفتاء فهو وإن قام على فكرة أن الشعب مصدر السلطات إلا أن الدستور يوضع من قبل السلطة القائمة ليطرح بعدئذ على استفتاء شعبي وقد لا يترك مجالاً لتمحيص أحكامه وتفهم تفصيلاته وإبداء الرأي في نواقصه. إذ ليس أمام الشعب إلا أن يختار بين الموافقة عليه برمته أو رفضه بأجمعه وفي ذلك إحراج للرأي العام وتضييق على حرية التعبير. لأن الشعب غالبًا ما يفضله على علاته على الإبقاء على الوضع القائم قبل صدوره. ولعل أفضل طريقة لسن الدستور وأكثرها انسجامًا مع المبدأ الديمقراطي في جوهره لا في مظهره فحسب هي التي تجمع بين الطريقتين الثالثة والرابعة معًا.

وجدير بالذكر أن القانون الأساس العراقي سن في العهد الملكي من قبل لجنة دستورية أعقبها مجلس تأسيس. أما الدساتير التي سنت في العهد الجمهوري فقد صدرت في صورة إعلان من القوة السياسة والفكرية التي تملك زمام الأمور وجاءت دساتير مؤقتة، لأن الغرض منها تنظيم ممارسة السلطة السياسية خلال فترة معينة وإبراز معالم التغيير الاجتماعي المنشود حتى تسمح الظروف بوضع الأسس الدائمة لنظام الحكم والقواعد الثابتة للتنظيم الاجتماعي والسياسي. ونرجوا أن يصدر الدستور العراقي الدائم المنتظر على نحو يجمع بين طريقتي المجلس التأسيسي والاستفتاء الشعبي معًا.

تعديل الدستور:

وترتبط بسن الدستور مسألة تعديله. ذلك لأن فكرة علوية الدستور باعتباره القاعدة العليا في الدولة. تقتضي وجوب العمل على حمايته عن طريق إجراءات وشروط ينبغي استيفاؤها في تعديله أو تغييره تكون أكثر تعقيدًا وأشد تقيدًا من الطرق المتبعة في المساس بالتشريع العادي تعديلاً أو تعبيرًا. ومع ذلك فإن مدى سلطات فكرة علوية الدستور وما ينتج عنها من حرص على حمايته ممن يريد المساس به أمر يتفاوت الدولة وعيا وظروفا. سياسية ونظرة إلى المشرع، ومدى الرغبة في حماية الدستور من المساس به.

وعلى العموم فإن الدساتير من حيث إجراءات المساس بها تكون على نوعين: مرنة وجامدة

أما الدستور المرن فهو الدستور الذي يجري تعديله أو إلغؤه بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل أو تغيير صدور التشريع العادي وذلك بإصدار من السلطة التشريع العادي وذلك بإصدار من السلطة التشريعية، أما الدستور الجامد فهو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو الغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة أثقل وأعقد من الإجراءات المتبعة في تعديل وإلغاء القوانين الاعتيادية. فلا يكفي لتعديل أحكامه صدور تشريع عادي ينبغي أن تستوفي الشروط والإجراءات التي نص عليها الدستور والتي تجعل من تعديله أمرًا غير هين. ومن الأمثلة على الدساتير الجامد القانون الأساس العراقي والدستور المصري لسنة ١٩٦٤. ومن الأمثلة على الدساتير المرنة الدستور الإنكليزي والدساتير المؤقتة العراقية الصادرة في العهد الجمهوري.

ثانيًا- التشريع العادي أو القانون أو التشريع الرئيسي:

يقصد به التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور.

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى سنه، إلا أن من الجائز أن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه على سبيل الاستثناء وذلك ما يقع في حالتين: أولاهما: حالة الضرورة كما لو وقعت في فترة حل مجلس الأمة وفيما بين أدوار انعقاده. أحداث تقتضي الإسراع في اتخاذ التدابير أو الحلول لمواجهتها عن طريق قرارات لها قوة القانون. ويسمى هذا التشريع بتشريع الضرورة. وقد نصت عليه بعض الدساتير الأجنبية كما نص عليه كل من القانون الأساسي العراقي ودستور ٢٩ نيسان سنة ١٩٦٤ العراقي المؤقت. ثانيهما: حالة التفويض أو التخويل. حيث تخول السلطة التشريعية السلطة التنفيذية حق إصدار قرارات لها قوة القانون فيحدود المسائل المعينة والفترة المحددة في التخويل بدافع من الرغبة في إحاطة التشريع بالسرية قبل إصداره ويسمى هذا النوع من التشريع الاستثنائي تشريع التفويض أو التخويل، ولم تنص الدساتير العراقية المتعددة على هذا النوع من التشريع وإن أشارت إليه دساتير أجنبية.

ويبدو التشريع العادي في العراق الآن في صورتين هما القانون والقرار الذي له قوة القانون الذي يصدره مجلس قيادة الثورة. ولا وجود لأي من تشريع الضرورة أو تشريع التفويض في ظل الدستور العراقي القائم.

سن التشريع العادي:

تتولى السلطة التشريعية في الدولة سن التشريع العادي في حدود اختصاصها الذي رسمه

الدستور. ومصطلح السلطة التشريعية يعني الهيئة التي تمارس وظيفة سن القواعد القانونية. والهيئة المختصة بالتشريع تختلف في شكلها وطبيعتها باختلاف الدول. ولكنها تبدو في البلاد الديمقراطية هيئة ينتخب الشعب أعضاءها تطلق عليها تسميات شتى كالبرلمان والمجلس النيابي والجمعية الوطنية والمجلس الوطني ومجلس الأمة ومجلس الشعب. وقد تبدو هذه الهيئة في صورة مجلس منتخب واحد، وقد تنتظم مجلسين فإذا اقتصرت على مجلس واحد ضم هذا المجلس من ينتخبه الشعب لتمثيله فيه. وإذا ضمت مجلسين انتخب الشعب أعضاء أحد المجلسين الذي قد يطلق عليه اسم المجلس النيابي أو مجلس العموم أو أية تسمية أخرى أما المجلس الآخر فقد ينتخب الشعب كل اعضائه وقد ينتخب بعضهم ليتولى رئيس الدولة تعيين البعض الآخر وقد يستأثر رئيس الدولة باختيارهم جميعًا. وتطلق على المجلس الثاني تسميات متعددة منها مجلس الشيوخ أو مجلس الأعيان ويسمى في إنكلترا مجلس اللوردات ونظام المجلسين نظام اقتضته اعتبارات متعددة منها الاعتبارات الاجتماعية الطبقية ومنها اعتبارات تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة ومنها الرغبة في تقوية السلطة التنفيذية. عن طريق مجلس تتولى تعيين جميع أعضائه أو بعضهم لتتخذ منه وسيلة لمقاومة المجلس الآخر الذي يضم ممثلين عن الشعب أعضائها كلا أو جزأ بل قد يضاف إليها رئيس الدولة ملكًا كان أو رئيس جمهورية أو أميرًا.

ويمر التشريع العادي في ظل النظام البرلماني من حيث سنه بثلاث مراحل هي:

مرحلة اقتراح التشريع ومرحلة التصويت عليه ومرحلة التصديق. ولما كان التشريع العادي العراقي شأنه شأن غيره من التشريعات يجتاز هذه المراحل الثلاث ولا يختلف عن غيره إلا في بعض جزئياتها وتفصيلاتها. لذلك سنقصر بحثنا على سن التشريع العراقي.

سن التشريع العادي العراقي:

إن سن القانون العراقي في ظل الدستور المؤقت القائم وبعد صدور قانون رقم «٥٥» لسنة ١٩٨٠ الذي جعل من المجلس الوطني شريكًا لمجلس قيادة الثورة في سن القوانين وأضحى به المجلس جزءًا من السلطة التشريعية، يقتضي استيفاء مايلي من الإجراءات والمراحل:-

١) اقتراح مشروع القانون: يملك حق التقدم إلى المجلس الوطني باقتراح مشروع القانون كل من مجلس قيادة الثورة (م ٥١ من الدستور المؤقت لسنه ١٩٧٠) ورئيس الجمهورية (م٥٢) وأعضاء المجلس الوطني، غير أن حق أعضاء المجلس الوطني بالتقدم باقتراح مشروع القانون مقيد بقيدين أولهما: أن يكون اقتراح مشروع القانون مقدمًا من ربع أعضاء المجلس

وثانيهما: أن لا يتعلق مشروع القانون بالأمور العسكرية أو الأمور المالية أو شؤون الأمن العام «م ٥٣».

٢) مناقشة المشروع والتصويت عليه: ينظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقدمه إليه مجلس قيادة الثورة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ وصوله إلى رئاسة المجلس فإن وافق المجلس عليه رفع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. أما إذا رفضه أو عدل فيه أعيد المشروع إلى مجلس قيادة الثورة فإن قبل مجلس قيادة الثورة التعديل رفع المشروع إلى رئيس الجمهورة لإصداره. وإن أصر على رأيه السابق أعيد المشروع إلى المجلس الوطني لينظر في جلسة مشتركة بين المجلسين للبت فيه بأكثرية الثلثين.

وينظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقدمه رئيس الجمهورية خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ وصوله إلى مكتب رئاسته. فإن رفضه أعيد إلى رئيس الجمهورية مع بيان أسباب الرفض. أما إذا قبله المجلس الوطني أو عدل فيه رفع المشروع إلى مجلس قيادة الثورة ويكون قابلاً للإصدار إذا وافق عليه هذا المجلس أما إذا رفض مجلس قيادة الثورة التعديل أو أجرى عليه تعديلاً آخر أعيد المشروع إلى المجلس الوطني خلال أسبوع. فإن وافق المجلس الوطني على مارأه مجلس قيادة الثورة رفع المشروع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. وإن أصر على رأيه السابق عقدت جلسة مشتركة للمجلس للبت فيه بأكثرية الثلثين «م٥٢».

وينظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقترحه ربع أعضائه في غير الأمور العسكرية والمالية وشؤون الأمن العام. فإذا وافق عليه رفع إلى مجلس قيادة الثورة للنظر فيه خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ وصوله إلى مكتب هذه المجلس فإن وافق عليه مجلس قيادة الثورة رفع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. أما إذا عدل فيه المجلس ورفضه أعيد إلى المجلس الوطني فإذا أصر المجلس الوطني على رأية السابق عقدت جلسة مشتركة للمجلسين لاستصدار القرار القطعي بأكثرية الثلثين.

وتعقد الجلسات المشتركة للمجلسين برئاسة رئيس مجلس قيادة الثورة أو نائبه «م ٥٣» ويحق لنواب رئيس الجمهورية والوزراء ومن كان بدرجتهم حضور جلسات المجلس الوطني والمشاركة في مناقضبه دون الحق في التصويت كما يحق للمجلس الوطني بعد موافقة رئيس الجمهورية استدعاء الوزراء بقصد الاستيضاح والاستفسار «م ٥٤».

وجدير بالذكر أن اقتراح مشروع القانون إذا كان مقدمًا من قبل أعضاء المجلس الوطني تولت اللجان المختصةّ في المجلس إعداده ثم يطرح بعدئذ على المناقشة

والتصويت. ويجري عرضه على مراحل. فيقرأ ليناقش في المرة الأولى. ثم يؤخذ الرأي عليه مادة مادة وفي المرة الثانية ثم يصوت عليه ككل في المرة الثالثة. ويجري التصويت بحضور أغلبية أعضاء المجلس وتصدر القرارات بموافقة أغلبية الحاضرين ما لم يشترط الدستور أغلبية خاصة لإقراره مشروعات بعض القوانين وهنا تساوت الآراء اعتبر المشروع موضوعًا وإذا رفض المشروع امتنع عرضه ثانية على المجلس في نفس دورة انعقاد لها إذا قدم الاقتراح من قبل مجلس قيادة الثورة فإن اللجان القانونية المختصة في مجلس قيادة الثورة هي التي تتولى إعداد مشروع القانون ثم يرسل بعدئذ إلى المجلس الوطني لمناقشته والتصويت عليه. ويتولى مجلس قيادة الثورة اقتراح مشروعات القوانين وإعدادها والتصويت عليها في الأمور التي لا تدخل في اختصاصات المجلس الوطني.

٣) التصديق عليه من قبل رئيس الجمهورية: فقد خولت المادة الرابعة والأربعون رئيس مجلس قيادة الثورة حق توقيع جميع القوانين والقرارات الصادرة من المجلس ورئيس الجمهورية هو رئيس مجلس قيادة الثورة حكمًا (م ٣٣/ ١) ويلاحظ أن الدستور المؤقت الحالي سلب من رئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين عند رفعها إليه للتصديق عليها. وهو حق نص عليه دستور سنة ١٩٦٨ المؤقت والحجة في سلب هذا الحق هو أن رئيس الجمهورية هو رئيس مجلس قيادة الثورة وأنه يسهم وإياه في وضع القوانين. ولا يحمل اعتراضه على ما يصدر من المجلس وعلى ما يوافق عليه المجلس مما يقدمه المجلس الوطني إليه من مشروعات القوانين.

وينبغي أن يلاحظ أن المراد بالتصديق هو موافقة رئيس الدولة عليه باعتباره شريكًا للسلطة التشريعية في التشريع. وقد اختلفت الدساتير الأجنبية حيال التصديق من قبل رئيس الدولة فمنها ما تحرمه عليه كي لا تتعطل سلطة الأمة ممثلة في المجلس المنتخب في سن التشريع ومنها ما تبيحه لرئيس الدولة تسليمًا منها بمشاركته في تشريع القوانين ومنها ما تجيزه لرئيس الدولة تقييده بشروط. وتقف أغلب الدساتير الحديثة الموقف الأخير فتحدد فترة للتصديق عليه. أو للاعتراض على مضمونه من تاريخ إبلاغ المجلس إياه به. فإن مضت الفترة دون تصديق أو اعتراض من قبل رئيس الدولة اعتبر المشروع مصدقًا عليه ووجب إصداره.

التشريع الفرعي:-

وهو أدنى أنواع التشريع معرفة ويقصد به التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل تخول لها في الدستور ابتغاء تنفيذ التشريع العادي أو تنظيم المرافق والخدمات العامة والسلطة التنفيذية في إصدارها هذا

التشريع لا تحل محل السلطة التشريعية حلولاً مؤقتًا وإنما تبدو صاحبة اختصاص أصيل نص عليه الدستور رغبة في تخفيف أعباء السلطة التشريعية وحرصًا على تخليص القوانين من التفصيلات الجزئية وتسليمًا بقدرة السلطة التنفيذية على التعرف على التفصيلات الخاصة بتنفيذ القوانين واختيار التنظيم الملائم للمصالح والمرافق العامة. ذلك لأن التشريع العادي لا يتناول بالتنظيم جميع التفصيلات الدقيقة فيما يتناوله بالحكم من مسائل لتعذر إلمام السلطة التشريعية بها ولأنها تظهر في الغلب عند تطبيق القانون. ولذلك يترك أمر تنظيمها للسلطة التنفيذية بما ينيطه بها من اختصاص أصيل. وفي إناطة مهمة تشريعها بالسلطة التنفيذية حيلولة دون تعطيل العمل التنفيذي والإداري من جهة وتجنب لإشغال السلطة التشريعية بوضع كثير من التشريعات الثانوية من جهة أخرى. ولا يترتب على إناطة مهمة التشريع في هذه المسائل بالسلطة التنفيذية إضرار بالمصلحة العامة أو هدر لحقوق الأفراد لأن على السلطة التنفيذية أن تتقيد فيما تسنه بأحكام التشريع العادي الذي تولت السلطة التشريعية وضعه ولأن السلطة التنفيذية ألصق صلة بالجمهور بحكم وظيفتها وأكثر استيعابًا لظروف تطبيق القوانين وقدرة على اختيار التنظيم الملائم لسير العمل في المصالح والمرافق التي تتولى إدارتها بذاتها.

ومن قبيل التشريع الفرعي ما يسمى في مصر باللائحة سواء كانت تنفيذية أو تنظيمية أو لائحة ضبط. ويقصد باللائحة التنفيذية الأنظمة التي توضع لتنفيذ القوانين ويكون الغرض منها تسهيل تطبيق القانون باحتوائها القواعد التفصيلية التي توضح ما في نص القانون من إجمال وتبين ما يقتضيه تنفيذه من إجراء أما اللوائح التنظيمية فيقصد بها الأنظمة التي توضع لتنظيم المصالح العامة بما يتضمن حسن سيرها وإشباعها للحاجات العامة. وأما لوائح الضبط فهي التي تصدر لحماية الأمن العام وصيانة الصحة العامة كأنظمة المرور وأنظمة المحلات التي تقلق الراحة العامة أو المضرة بالصحة العامة.

التشريع الفرعي في العراق وسنه:

يضم التشريع الفرعي في العراق أنواعًا ثلاثة هي الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية.

ويقصد بالنظام التشريع الذي تضعه السلطة التنفيذية لتيسير تنفيذ القانون الصادر من السلطة التشريعية. ويشتمل على القواعد التفصيلية التي توضح ما في القانون من اقتضاب وما يقتضيه التطبيق من إجراء والحكمة في تخويل السلطة التنفيذية حق وضعه مزدوجة هي

تخفيف الأعباء عن كاهل السلطة التشريعية كي لا تشغل نفسها بتشريعات ثانوية وإلقاء مهمة تنظيم تنفيذ القانون في دقائقه على عاتق سلطة أكثر التصاقًا بالجمهور من السلطة التشريعية وأدرى منها بظروف تطبيق القانون هي السلطة التنفيذية. وقد أشارت إلى الأنظمة بعض الدساتير العراقية وحددت الجهة المختصة لسنها كالقانون الأساسي العراقي ودستور سنة ١٩٥٨ ودستور ٤ نيسان ١٩٦٣ ودستور ٢٢ نيسان سنة ١٩٦٤ ودستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ وإذا كان الدستور المؤقت القائم لم يذكرها بالاسم فإن وجودها والحاجة إلى إصدارها وقيام السلطة التنفيذية بذلك أمر مفروغ منه.

أما التعليمات فتشريع فرعي يقصد به تيسير تطبيق قانون نافذ أو نظام صادر. وقد أشارت إليها بعض الدساتير العراقية غير أن حق السلطة التنفيذية في إصدارها أمر ثابت دون حاجة إلى نص دستوري صريح ما دام القانون أو النظام يخولها هذا الحق. وتوضع التعليمات من قبل جهة رسمية وزارة أو جهة أخرى خولها القانون أو النظام بالنص الصريح إصدار التعليمات اللازمة لتفصيل المجمل من أحكامه ولبيان الضروري من الإجراءات في تطبيقه. وعليه فإن التعليمات تكون أضعف قوة من النظام لأنها كما تصدر تنظيمًا لتنفيذ القانون قد تصدر تسهيلاً لتطبيق النظام.

وأما النظام الداخلي فيراد به التشريع الذي يصدر استنادًا إلى نص تضمنه قانون صدر لينشئ أو يحكم مؤسسة ما يخول مجلس إدارة المؤسسة رسمية كانت أو شبه رسمية، حق إصداره لتنظيم كيانها وتيسير أعمالها. فيتولى النظام الداخلي تحديد أغراض المؤسسة وبيان تشكيلاتها وتنظيم ميزانيتها وملاكها وصلاحيتها يصدر عنها ممثلة في مجلس إدارتها ويتضمنه قرار يصدر من مجلس قيادة الثورة موقعًا من قبل رئيس الجمهورية بمقتضى ما لهذا المجلس من حق وفقًا للدستور القائم المؤقت الحالي في إصدار القرارات في ما تستلزمه ضرورات تطبيق القوانين النافذة. ولما كان النظام الداخلي يوضع استنادًا إلى نص ورد في قانون يحكم مؤسسة ما فينبغي أن لا يخرج في أحكامه عن حدود الغرض من إصداره وأن لا يخالف ما جاء في القانون من أحكام. ويبدوا هذا النوع من التشريع الفرعي كثير الشبه باللائحة التنظيمية التي أشارت إليها بعض الدساتير الأجنبية ومنها الدستور المصري.

الفرع الثاني

نفاذ التشريع والرقابة على صحته

نفاذ التشريع:

يكتمل الوجود القانوني للتشريع بتمام المراحل الثلاثة التي يقتضيها سنه. وهي اقتراح التشريع والموافقة أو التصويت عليه والتصديق. مع ملاحظة أن تصديق رئيس الدولة قد لا يعتبر من مراحل سن التشريع إذا كان يمكن أن يتم سن التشريع بدونه. على النحو الذي أشارت إليه بعض الدساتير غير أن الوجود القانوني للتشريع لا يكفي لنفاذه أي خروجه إلى حيز التطبيق وإلزام الكافة باتباعه وإنما ينبغي لنفاذه وجوب العمل بمقتضاه أن يجتاز مرحلتين أخرين. هما إصداره ونشره. وإذا اجتاز التشريع هاتين المرحلتين افتراض علم الكافه به ووجب عليهم الخضوع لأحكامه. وتثور عندئذ مشكلة اقتضت بحثًا وتفصيلاً هي مدى قبول الاحتجاج بجهله. وهو بحث نبعث عنه قاعدة قانونية مستقرة هي قاعدة «الجهل بالقانون ليس بعذر» والإلمام بنفاذ القانون والالتزام بتطبيقه يقتضينا أن نتكلم في كل من إصدار التشريع ونشره والاعتذار بجهله في الفقرات الثلاث الآتية:-

أولاً:- إصدار التشريع:

يقصد بإصدار التشريع تسجيل وجوده القانوني والأمر بتنفيذه ممن يملك سلطة الأمر بالتنفيذ وهي السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الدولة أو الهيئة العليا فيها. ويعتبر الإصدار شهادة ميلاد للتشريع تصدر من السلطة التنفيذية، يثبت بها مولده مكتمل الخلقة أي مستكملاً إجراءات صنعه وفقًا لأحكام الدستور ويتضمن أمرًا من السلطة التنفيذية توجهه إلى رجالها بالقيام بتنفيذه كلاً فيما يخصه باعتباره تشريعًا واجب الاتباع. وهذا الأمر بالتنفيذ هو الذي يكسب التشريع قوة النفاذ. ولابد من صدوره من السلطة التنفيذية؛ لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها. ولا تملك سلطة أخرى فرض التكليف عليهم.

ولما كان الإصدار يعني تسجيل سن التشريع والأمر بتنفيذه فإن ذلك لا يثير إشكالاً إذا كانت السلطة المختصة تسن التشريع هي السلطة التنفيذية؛ لأن السلطة التي تسنه هي التي تصدره فتضعه موضع التنفيذ ونجد ذلك في أنواع متعددة للتشريع سبق أن نوهنا عنها، كالتشريع الدستوري إذا صدر منحه من الحاكم أو في صورة تعاقد بينه وبين الشعب وكالتشريع العادي إذا بدا في صورة تشريع استثنائي وكالتشريع الفرعي. أما إذا كان التشريع

من وضع هيئة أو سلطة هي غير السلطة التنفيذية كالتشريع الدستوري الذي تسنه جمعية تأسيسية أو يسنه الشعب عن طريق الاستفتاء وكالتشريع الذي تسنه السلطة التشريعية المختصة فإن وضعه موضع التنفيذ يحتم إصداره من قبل السلطة التنفيذية.

ويعني الإصدار عندئذ. تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية أو موافقة أغلبية الشعب على التشريع الدستورى أو موافقة السلطة التشريعية على التشريع العادي. والأمر بتنفيذ ما تم سنه عن طريق تكليف رجال السلطة التنفيذية بوضعه موضع التنفيذ. ويثير الإصدار عندئذ مشكلة تراخي السلطة التنفيذية في القيام به مما يعطل تنفيذ التشريع. وأغلب الدساتير لاتنص على مدة معينة ينبغي إصدار التشريع خلالها عقب سنه. لأن الأصل أن الإصدا يجب حصوله فور تمام سن التشريع دون إبطاء ومع ذلك فإن من المستحسن تحديد ميعاد للإصدار ينص عليه الدستور دون أن يترك الأمر إلى هذا الأصل للتغلب على عناد السلطة التنفيذية وتراخيها في الإصدار لاسيما إذا كان التشريع تشريعًا عاديًا تسنه السلطة التشريعية. ويلاحظ أن الدستور إذا كان يخول رئيس الدولة حق الاعتراض على التشريع العادي خلال فترة معينة. فإن لرئيس الدولة الحق في إصداره قبل انقضاء هذه الفترة ويعتبر ذلك تنازلاً منه عن حقه في الاعتراض.

يتضح مما تقدم أن الإصدار عملية قانونية وهو فاتحة مرحلة نفاذ القانون ويعتبر عملاً تنفيذيًا لا عملاً تشريعيًا لأنه يعقب مرحلة صنع التشريع وتستهل به مرحلة وضعه موضع التنفيذ.

وفي ظل الدستور العراقي المؤقت القائم يصدر التشريع أيًا كان نوعه من قبل مجلس قيادة الثورة الذي يجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وإذا كان المجلس الوطني يسهم في عملية التشريع في الوقت الحاضر فإن تمام سن التشريع رهن بموافقة مجلس قيادة الثورة وتصديق رئيس الجمهورية الذي هو رئيس المجلس بحكم الدستور ولذلك فإنما يثور في بعض الدول التي تفصل بين السلطتين في إصدار التنفيذية والتشريعية من أشكال ينصب على تراخي السلطة التنفيذية في إصدار التشريع الرئيسي الذي تسنه السلطة التشريعية وما يقتضيه ذلك من تحديد مدة تنص عليها بعض الدساتير ينبغي على السلطة التنفيذية أن تصدره خلالها لا وجود له في العراق الآن. ويلاحظ أنه ينبغي الإشارة إلى كل قانون صادر في الدولة برقم مسلسل خلال السنة التي صدر فيها. فيكتب مثلاً القانون رقم (٥٥ لسنة ١٩٨٠). ويستهل القانون بعبارة الإصدار الآتية:

باسم الشعب.

مجلس قيادة الثورة

استنادًا إلى أحكام الفقرة «أ» من المادة الثانية والأربعين من الدستور المؤقت. قرر مجلس قيادة الثورة في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٥/ ٣/ ١٩٨٠. إصدار القانون الآتي:-

ويختم التشريع بعبارة الإصدار التالية:-

على الوزراء أو الوزير حسب نطاق تطبيق القاعدة التشريعية تنفيذ هذا القانون أو النظام.

ثانيًا:- نشر التشريع:

إذا كان الإصدار يسجل سن التشريع وينطوي على الأمر بتنفيذه فإن التشريع لا يكون ملزمًا للمخاطبين إلا من وقت حمله إلى عملهم أو إتاحة الفرصة لهم للعلم به وذلك ما يتحقق عن طريق نشره فالنشر يعني إبلاغ مضمون التشريع إلى الكافة وإحاطتهم علمًا أو تيسير سبل علمهم بما ينطوي عليه من تكليف. ذلك لأن التكليف لا يكون إلا بأمر معلوم والتشريع لا يكون معلومًا إلا بإشهاره ولأن العدل يقتضي عدم تطبيق التشريع على المخاطبين به قبل علمهم بصدوره ولما كانت المصلحة العامة تقتضي الإسراع بتطبيق التشريع تحقيقًا للغرض من إصداره ولما كان علم جميع الناس بصدور التشريع علمًا حقيقيًا أمرًا متعذرًا لذلك جرت الشرائع على افتراض العلم بصدوره بمجرد شهره بوسيلة حددتها. دون التعويل على العلم الحقيقي تسيرًا لتطبيقه. وهذه الوسيلة المعتمدة هي نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة.

وعليه فإن النشر في الجريدة الرسمية يكفي لافتراض علم المخاطبين بصدور التشريع ومضمونه أيًا كان نوع التشريع دستوريًا أو ماديًا أو فرعيًا ولا تغني عن هذه الوسيلة أية وسيلة أخرى وإن بدت أكثر جدوى في إذاعته وإشهاره فلا تحل محل النشر في الجريدة الرسمية إذاعته في المذياع أو تلاوته في التلفزيون أو نشره في الصحف أو تعليق نسخ منه في أماكن بارزة بل ولا يغني عن النشر بهذه الوسيلة علم المخاطبين بأحكامه علمًا يقينًا كأعضاء السلطتين التشريعية والتنفذية فلا يكون التشريع ملزما لهم ولا يحتج به عليهم وإن أحاطوا علمًا بصدوره وبمضمونه قبل نشره في الجريدة الرسمية للدولة. وهي ما تسمى في العراق بالوقائع العراقية وتسمى في مصر بالوقائع المصرية. وتحدد بعض الدساتير ميعادًا معينًا للنشر في تاريخ إصدار التشريع لتحول دون تأخير تنفيذ القوانين بتأخير نشرها كالدستور المصري لسنة ١٩٦٤ الذي تطلب نشر التشريع أيًا كان نوعه خلال أسبوعين من يوم إصداره وتنص بعض الدساتير على مضي مدة معينة تعقب نشر التشريع العادي لبدء نفاذه ضمانًا لشيوع أحكامه وإلمام الناس بها. فلا يعتبر التشريع نافذًا فور

نشره وإنما بعد مضي تلك المدة وإن جاز التغيير في تلك المدة زيادة أو نقصانًا بنص صريح في القانون الجديد تبعًا لمقتضيات الحاجة والظروف كالدستورين المصريين الصادرين سنتي ١٩٥٦ ١٩٥٨ اللذين قضيا بوجوب العمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ما لم يمد هذا الميعاد أو يقتصر بنص خاص في القانون الجديد. غير أن كثيرًا منها كالدستور المصري القائم والدستور المؤقت العراقي الراهن يقضيان بالعمل بالقانون الجديد من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ما لم ينص فيه على مضي مدة معينة من تاريخ النشر لبدء نفاذه إذا اقتضت الضرورة التراخي في تنفيذه. ولا يعتد بيوم النشر في تحديد ميعاد النفاذ. فإذا نص القانون على اعتباره نافذًا من تاريخ نشره. اعتبر اليوم التالي من نشره هو تاريخ نفاذه وإذا أوجب القانون مضي مدة تاريخ النشر لنفاذه فإن يوم النشر لا يحسب ضمن المدة وعلى ذلك جرى القضاء المصري وإذا كان يوم النشر لا يحسب ضمن المدة فإن نفاذ القانون لا يحل إلا بانقضاء اليوم الأخير منها.

وينبغي أن يلاحظ أن افتراض علم الناس بصدور التشريع بمجرد نشره يقتضي إتاحه الفرصة لهم للعلم به. الفرصة لا تتاح بمجرد إدراج التشريع في الجريدة الرسمية وإنما ينبغي أن يتم توزيعها فعلاً ليكون في وسع الناس الحصول عليها. فإذا ثبت أن التشريع أدرج في الجريدة الرسمية ولكنها لم توزع إلا في وقت لاحق. فإن العمل بالقانون لا يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إذا قضى الدستور بذلك وإنما من تاريخ توزيعها.

وجدير بالملاحظة كذلك أن التشريع إذا نشر في الجريدة الرسمية وتضمن أخطاء فإن مصير التشريع رهن بطبيعة هذه الأخطاء ومدى أهميتها. فإن كان الخطأ ماديًا كالخطأ المطبعي وكالخطأ في الصياغة اللغوية الذي لا يتأثر المعنى بتصحيحه أمكن إعادة نشر النص مصححًا دونما حاجة إلى استصدار قانون جديد.

أما إذا كان الخطأ موضوعيًا كإسقاط كلمة تؤثر في معنى النص أوفقرة من مادة أو مادة أو أكثر أو كان خطأ في الصياغة يؤثر في النص. فإن تصحيح هذا الخطأ لا يكون إلا بتشريع جديد يستوفي مراحل السن والنفاذ.

وإذا حل ميعاد نفاذ التشريع سرى حكمه في حق جميع المخاطبين به وافترض علمهم بمضمونة فلا يقبل من أحدهم الاعتذار بجهله على النحو الذي نقف عنده قليلاً في الفقرة الآتية:

قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

تعني هذه القاعدة افتراض علم الكافة بصدور التشريع وإحاطتهم علمًا بأحكامه منذ نفاذه سواء كان وقت نشره أو من تاريخ آخر نص عليه التشريع. وعدم جواز الاعتذار بجهل

التشريع يتفرع عن مبدأ افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله منذ خروج القاعدة القانونية بعد تكوينها إلى حيز التطبيق عن طريق أي مصدر من المصادر الرسمية فيخضع لحكمها الكافة منذئذ. ولا يصلح الجهل بها عذرًا للإعفاء من حكمها وعليه فإن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا تقتصر على التشريع وإنما تنسحب على القواعد القانونية جميعًا أيًا كان مصدرها الرسمي.

تقوم هذه القاعدة على أساس من القواعد العدل وما تقتضيه من مساواة الناس أمام القانون إقرارًا للنظام ودرءً للفوضى. فإذا نشر القانون سرى حكمه في حق المخاطبين كافه. ولو أبيح الاحتجاج بجهله لتعذر تطبيقه على أكثر الناس وفي ذلك مساس بسيادة النظام وهدر لمبدأ المساواة وإخلال بالمصلحة العامة. هذا فضلاً عن أن القاعدة القانونية تتميز بقوتها الملزمة الذاتية التي تستمدها من وجودها لا من عامل خارجي هو العلم بها. وفي الاعتذار بجهلها إنكار لقوتها الملزمة التي تبعث من ذاتها من وقت نفاذها.

ومع أن الدساتير لا تنص في الغالب على هذه القاعدة إلا أن الفقه يسلم بها وإن تفرق إلى شعب من حيث مدى تطبيقها فذهب الفقه الفرنسي إلى انطباقها على القوانين الجنائية والقوانين المتعلقة بالنظام العام فحسب أما غيرها من القوانين فيجوز الاحتجاج بجهلها ويعد الغلط فيها وهو ما يسمى الغلط في القانون عيبًا من عيوب الرضا في العاقد. وذهب أغلب الفقه المصري إلى هذا الرأي فقصر تطبيق القاعدة على القواعد الآمره دون القواعد المفسرة والمكملة. ثم ضيق من مجال انطباقها فحدده بالقوانين المتعلقة بالنظام العام. لاسيما ما يتعلق منها بالقوانين الجنائية. واعتد في تطبيقها بالجهل بالقانون الجنائي دون الجهل بالقانون المدني فيحق للمتعاقد أن يتمسك بالغلط في القانون لإبطال العقود وفقًا لحكم المادة (١٢٢) من التقنين المدني المصري سواء كان الغلط في القانون بشأن صفه جوهرية في الشخص أو كان الغلط في القانون واقعًا في الباعث أو كان الغلط في القانون ينصب على مقدار الشيء.

والواقع أن الفقه الفرنسي وأغلب الفقه المصري يضيقان من فكرة النظام العام القاضية بامتناع الاعتذار بجهل القوانين حتى لا تكاد تعني غير القوانين الجنائية والقوانين التي تنظم السلطات العامة والقوانين التي تفرض التزامات أو تحدد مواعيد لممارسة بعض الحقوق أو مباشرة بعض الإجراءات. وحتى تبلغ من الضيق حدًا يجيز القول أن الاحتجاج بالجهل بالقانون لا يكون عذرًا للتخلص من التزام أو عقوبة غير أنه يصلح للتمسك بحق. بل وهي في هذا المجال الضيق جدًا يرد عليها استثناء هو حال القوة القاهرة. فإذا انقطعت سبل

الواصلات التي يتم بها توزيع الجريدة الرسمية المتضمنة قانونًا من القوانين التي لا يجوز الاعتذار بجهلها بسبب قوة قاهرة جاز الاعتذار بجهلها حتى تزول القوة القاهرة.

يتضح مما تقدم أن القاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتحدد تطبيقها في نطاق ضيق جدًا. ويجوز الاحتجاج بجهل القانون فيما يتجاوز هذا النطاق. وإن كان الاحتجاج مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي في كل قضية وتتأثر قناعة القاضي بظروف الشخص من ثقافة وحالة صحية وموطن وغيرها من الاعتبارات التي تؤثر في قناعة القاضي بجهل الشخص بحكم القانون.

ومع أن الرأي المشار اليه هو الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلا أن ثمة اتجاهًا فقهيًّا آخر نادى برأي مخالف وعندي أنه اتجاه أصوب ورأي أفضل. ومفاده أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يعتبر مبدأ مطلقًا ينطبق على جميع القواعد القانونية أيًا كان مصدرًا الرسمي وأيًا كانت طبيعتها آمرة أو مفسرة أو مكملة وأيًا كان نوع القانون الذي ينظمها جنائيًّا أو مدنيًا أو غيرهما. وإذا كان هناك ثمة استثناء يجيز الاحتجاج بجهل القانون فهو استثناء يقتصر على حالة القوة القاهرة التي يستحيل فيها العلم بصدور القانون لاستحاله توزيع الجريدة الرسمية على نحو يبرر افتراض العلم بمضمون ما نشر فيها من قانون وهو استثناء يقتصر على القواعد التشريعية التي ينبغي لنفاذها نشرها في الجريدة الرسمية للدولة وهذا الرأي يتأسس على قواعد العدل وما يقتضيه من مساواة أمام القانون ويستقيم مع القول بالقوة الملزمة الذاتية للقاعدة القانونية ويفضي إلى سيادة النظام والقانون في المجتمع. وينكر هذا الرأي وجود أي مبرر للتفرقة بين القواعد إلا مرة وبين القواعد المفسرة والمكملة. كما ينكر وجود أي مسوغ للتمييز بين القواعد الجنائية وبين غيرها من القواعد ويرى أن إبطال العقد الغلط في القانون لا يعد استثناء من هذا المبدأ.

١- الرقابة على صحة التشريع:

اتضح لنا أن التشريع يتدرج من حيث القوة وأن التشريع الدستورى يحل المنزلة الأسمى يليه التشريع العادي ويعقبهما التشريع الفرعي من حيث القوة وتفاوت التشريع من حيث قوته يقتضي خضوع التشريع الأدنى للتشريع الذي يعلوه درجة ويعني أن التشريع الأدنى يستمد قوته من مطابقته لأحكام التشريع الأعلى.

فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى درجة.

فالتشريع العادي ينبغي أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري. والتشريع الفرعي يجب أن لا يتعارض مع كل من التشريع الدستوري والتشريع العادي.

وضمان عدم التعارض يقضي فرض رقابة على كل من التشريع الفرعي والتشريع العادي وهذه الرقابة تثير أمرين. أولهما تحديد الجزاء الذي ينبغي فرضه عند المخالفة وثانيهما تحديد الجهة التي توقع هذا الجزاء وتمارس تلك الرقابة. أما الجزاء فقد يكون إلغاء أو عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها التشريع الأدنى المخالف. وأما الجهة التي تمارس الرقابة وتوقع الجزاء فهي غير الجهة أو السلطة التي وضعت قواعد التشريع الأدنى. ذلك لأن مهمة الرقابة على التشريع لو أنيطت بنفس السلطة التي وضعته لانتفت القيمة العلمية للرقابة ولانعدم مجال فرض الجزاء.

والأصل أن تكون الجهة التي تمارس الرقابة على صحة التشريع هيئة قضائية؛ لأن مهمة الرقابة تنطوي على تفسير قواعد قانونية تتضمنها تشريعات تتدرج في مرتبتها لمعرفة ما إذا كان هناك تعارض في الأحكام فيما بينها ولتقدير إلغاء أو تعطيل أحكام التشريع الأدنى عند التثبيت من التعارض وهي مهمة قضائية لا يمكن أن تتولاها إلا جهة مختصه بتفسير القواعد القانونية وتطبيقها. ومع ذلك فقد عهدت بعض الدساتير بمهمة الرقابة إلى هيئات غير قضائية.

والرقابة على التشريع كما تتناول ضمان سلامته من حيث الشكل تتناول كفالة صحته من حيث الموضوع. وهي كما تنصب على التشريع عقب نفاذه قد تنصب عليه في مراحل تحضيره. وهي كما ترد على التشريع العادي لضمان دستوريته ترد على التشريع الفرعي لكفالة دستوريته وقانونيته معًا.

يفهم مما تقدم أن الرقابة على صحة التشريع تعني ضمان توافر الشكل الصحيح للتشريع وضمان عدم التعارض في الأحكام بين التشريعين الأعلى والأدنى وفرض الجزاء في الحالتين من قبل السلطة المختصة بالرقابة وأن الأصل في هذه الرقابة أن تكون قضائية تمارسها المحاكم.

الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل:

يقصد بشكل التشريع صدوره من قبل سلطة مختصة واستيفاءه إجراءات سنه ونفاذه. وهي في الغالب مراحل التشريع الثلاث. من اقتراح وتصويت وتصديق وما يقترن بها من إجراءات تتطلب الأغلبية المطلقة أو الخاصة عند التصويت إذا كان تشريعًا عاديًا ووضعه من

قبل السلطة التنفيذية المختصة وفقًا للإجراءات المقررة إذا كان تشريعًا فرعيًا. ولكي يكون نافذًا واجب التطبيق ينبغي إصداره من قبل رئيس الدولة على اعتباره رئيس السلطة التنفذية ونشره في الجريدة الرسمية للدولة وانقضاء المادة المنصوص عليها لنفاذه إن وجدت. فإن لم يستوف إجراءات سنه انعدم وجوده القانوني وإن لم يستوف إجراءات نفاذه افتقد قوته الملزمة ورفع عن الناس واجب العمل بمقتضاه وعليه فإن التشريع الأدنى عاديًا كان ام فرعيًا لا يكون صحيحًا ملزمًا إلا إذا استوفى الشكل الذي حدده التشريع الأعلى.

ورقابة المحاكم على صحة التشريع من حيث الشكل أمر انعقد عليه الإجماع فإن لم يستوف التشريع شكله المطلوب وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيقه لانعدام وجوده القانوني ولافتقاده القوة التي تجعله واجب التطبيق. سواء تنبهت المحكمة إلى ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم. وحق المحكمة يقتصر على الامتناع عن التطبيق دون أن يتعداه إلى الإلغاء مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات. وهذا الاتجاه مستقر في العراق وقد أكدته محكمة تمييز العراق لقرارها الصادر في ٥ نيسان سنة ١٩٥٤ المتعلق بإصدار أنظمة لم تستوف الشكل الذي حدده الدستور والقانون.

الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع:

يقصد بصحة التشريع من حيث الموضوع عدم تعارض التشريع الأدنى في الأحكام مع التشريع الأعلى. فالتشريع الفرعي يجب أن لا يخالف في أحكامه كلا من التشريع العادي والتشريع الدستوري. وتوصف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته كما توصف الرقابة على صحة التشريع الفرعي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته أو بالرقابة على قانونيته تبعًا لتعلق المخالفة بالدستور أو بالقانون.

وللرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع صور شتى يختلف باختلاف الدساتير قد تكون رقابة عليه وهو في دور الإعداد قبل إصداره قانونًا وقد تكون رقابة مفروضة على صحته بعد إصداره ونشره. والرقابة على صحته بعد نفاذه قد تكون رقابة سياسية وقد تكون رقابة قضائية. والرقابة القضائية قد تناط بهيئة مختصة أو بمحكمة خاصة وقد تناط بالقضاء العادي. وبالنظر لتشعب الموضوع وما يقتضيه من بحث مسهب لا مجال له في هذا الكتاب المنهجي فسنقصر بحثنا على رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع في العراق وفي ظل دستورنا المؤقت القائم.

الرقابة على دستورية القوانين في العراق في الوقت الحاضر:

تقتصر الرقابة في العراق على التشريع بعد نفاذه وتختلف الجهة المختصة بالرقبة على دستورية القوانين باختلاف ما مر بالعراق من أوضاع دستورية.

فقد أناط القانون الأساسي العراقي وهو دستور ٢١ آذار سنة ١٩٢٥ مهمة البت في الأمور المتعلقة بتفسيره وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه بمحكمة خاصة أطلق عليها اسم المحكمة العليا. وقضى بتأليف هذة المحكمة من ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان وهو أحد المجلسين التشريعيين اللذين كان يتألف منهما مجلس الأمة أربعة من بين أعضائه وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام. وتنعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان أو نائبه. كما عهد دستور ٢١ أيلول سنة ١٩٦٨ بهذه المهمة إلى محكمة خاصة. فنص في المادة السابعة والثمانين على ما يأتي (تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام لنص هذا الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزمًا). وقد صدر تنفيذًا لنص الدستور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ الذي نشر في الوقائع العراقية في العدد المرقم (١٦٥٩) والمؤرخ في الثاني من كانون الأول لسنة ١٩٦٨ مشيرا إلى تشكيلها ومحددًا اختصاصها وطريقة ممارستها لصلاحياتها وبمقتضي هذا القنون تشكل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وهو رئيس محكمة تمييز العراق ومن ثمانية أعضاء أصليين وأربعة أعضاء احتياط أما الأعضاء الأصليون فمنهم رئيس مجلس الرقابة المالية ورئيس ديوان التدوين القانوني وستة أعضاء يعينهم مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل يصدر تعيينهم بمرسوم جمهوري على أن يكون ثلاثة منهم من أعضاء محكمة التمييز الدائمين والثلاثة الآخرون من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن درجة مدير عام. أما الأعضاء الاحتياط فمنهم حاكمان من حاكم محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهما عن درجة مدير عام. ويتم تعين الأعضاء الاحتياط بنفس طريقة تعيين الأعضاء الستة الأصليين. أما الدساتير العراقية الأخرى ومنها دستورنا القائم الصادر في ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ فقد أغفلت النص على تحديد الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين.

وقد آثار سكوت دستورنا المؤقت القائم حيال مصير المحكمة الدستورية العليا انقسامًا في

الرأي. فذهب رأي إلى الزعم بوجود هذه المحكمة في ظل دستورنا الحالي لأنه لم ينص على إلغائها. واتجه رأي آخر إلى القول بزوالها لأن الدستور القائم قد ألغى دستور عام ١٩٦٨ الذي كان السند الدستوري لوجودها دون أن يشير إلى بقائها. ونحن نميل إلى الرأي الثاني ونرى أن المحكمة الدستورية العليا قد زال وجودها القانوني بصدور دستور ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ الذي أغفل الاشارة إليها وأن القضاء هو المرجع الوحيد للنظر في دستورية القوانين.

وبناء على ما تقدم فإن للمحاكم الاعتيادية حث رقابة دستورية القوانين بطريق الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى. ولها أن تمتنع عن تطبيق القانون على القضية المعروضة عليها متى تأكدت من عدم دستوريته. وندعم هذا الرأي بالحجج الآتية:

١) أن حق المحاكم في الرقابة لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات وإنما يؤكده فهو يعني عدم خضوع السلطة القضائية للسلطة التشريعية وهو في الوقت نفسه لا ينطوي على اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية لأن هذه الرقابة لا تفضي إلى إلغاء التشريع غير الدستوري وإنما تفيد الامتناع عن تطبيقه على قضية معروضة.

٢) أن الرقابة على دستورية القوانين أمر تقتضيه طبيعة وظيفة القضاء فهو يقوم بتطبيق التشريع أي أيًا كانت مرتبته وإذا تعارض قانون مع أحكام الدستور فينبغي عليه أن يمتنع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى وذلك لتعارضهما.

٣) أن القول بامتناع المحاكم عن رقابة دستورية القانون بحجة وجوب احترام السلطة التشريعية لأنها تمثل الشعب أمر ينطوي على المغالاة؛ لأن مخالفة القانون الذي تصدره هذه السلطة للدستور يكون أخطر على المصلحة العامة من امتناع المحاكم عن تطبيق قانون ينحرف عن جادة الدستور.

٤) أن تخويل القضاء حق على شرعية التشريع الفرعي وسلب هذا الحق منها في الرقابة على دستورية القوانين أمر لا مبرر له؛ ذلك لأن تدرج التشريع إذا كان يفرض عدم مخالفة التشريع الفرعي للتشريع العادي فهو يقضي من باب أولى لعدم مخالفة القانون لأسمى صور التشريع وهو الدستور. فإذا كان من حق القضاء التعقيب على أعمال السلطة التنفذية كي لا تحد في تشريعاتها عن جادة الدستور. فينبغي أن يسلم له بالحق في ضمان عدم انحراف السلطة التشريعية فيما تسنه من قوانين عن أحكام الدستور الذي يضع أساس بناء الدولة وينظم طرق ممارسة السلطات فيها. لأن الرقابة في الحالتين نتيجة منطقية لتدرج التشريع. يفهم مما ذكر أننا

نسلم بحث المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين ويسند صحة ما ذهبنا إليه أن هذا الاتجاه قد استقر في كثيرمن الدول المعاصرة التي نصت دساتير بعضها عليه وجرى العمل بمقتضاه في دول أخرى دون نص دستوري ونرجو أن يتلافى دستورنا الدائم المنتظر هذا القصور الذي سبب اختلافا في الرأي بنص صريح فيه يحدد الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين.

وإذا كنا نسلم بحق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين فإننا نسلم من باب أولى بحقها في الرقابة على قانونية ودستورية التشريع الفرعي. هذا فضلاً عن أن حق المحاكم في الرقابة على صحة التشريع الفرعي أمر لم يكن محل خلاف في الرأي.

الفرع الثالث

نطاق تطبيق التشريع أو مدى سريانه

يثير تطبيق التشريع بعد نفاذه مشكلة هامة هي تحديد نطاق تطبيقه من حيث المكان ومن حيث الزمان فإذا صدر التشريع وأصبح نافذًا ثار تساؤل عن الإقليم الذي يسري فيه تطبيقه وعن الزمان الذي يبدأ عنده سريانه. ولذلك سنوزع هذا الفرع على موضوعين. هما سريان القانون من حيث المكان وسريانه من حيث الزمان.

الموضوع الأول

سريان القانون من حيث المكان

يقصد بسريان القانون من حيث المكان تحديد الإقليم الذي يسود فيه تطبيقه وهذا الأمر لا يثير إشكالاً إذا نشأت العلاقة القانونية بين مواطنين وخلت من عنصر أجنبي. ذلك لأن قانون الدولة هو الذي يعم إقليمها ولاثير ذلك إشكالاً غير أن الأمر يتعقد إذا وجد في العلاقة عنصر أجنبى كأن أبرم العقد بين مواطن وأجنبي أو ارتكب أجنبي جريمة في إقليم الدولة فهل تخضع العلاقة الأولى أو يخضع الجاني لقانون الدولة التي تمت العلاقة في إقليمها أو ارتكبت الجريمة على أرضها أم يجوز إخضاع العلاقة أو خضوع الجريمة لقانون أجنبي.

يتنازع هذا الموضوع مبدآن مبدأ: إقليمية، ومبدأ شخصية القانون وبسبب وجودهما معًا في التطبيق ظهرت قواعد القانون الدولي الخاص لتحل المشاكل التي تنتج عن العلاقات القانونية التي يبدو فيها عنصر أجنبي سواء كان العنصر طرفًا في العلاقة أو كان محلها أو كان محل نشوئها أو كان محل تنفيذها وستتكلم في هذين المبدأين بإيجاز فيما يأتي:

مبدأ إقليمية القوانين:

يتأسس هذا المبدأ على سيادة الدولة على إقليمها وسلطانها على رعاياها. ومفاده أن قانون الدولة يسري على جميع إقليمها وينصرف إلى جميع الأشخاص القاطنين فيه مواطنين كانوا أم أجانب. وأنه يقف عند حدود إقليم الدولة فلا يتعداه إلى رعاياها القاطنين خارجه والمقيمن في دولة أجنبية.

وهذا المبدأ عريق في القدم اقتضاه عزله الدول القديمة عن بعضها وعدم تشابك العلاقات بين أفرادها. كما اقتضاه التعصب الأعمى لمبدأ سيادة الدولة. غير أن هذا المبدأ ما لبث أن تصدع إلى مدى ما منذ القرن الثالث عشر الميلادي بنمو التجارة وتشابك العلاقات بين أفراد الدويلات أو الدول مما اقتضى السماح بتطبيق قانون أجنبى على إقليم الدولة.

مبدأ شخصية القانون:

ومفاده أنه بالنظر لسيادة الدولة على رعاياها فينبغي أن تسري قوانينها على جميع رعاياها سواء ما كان قاطنًا في إقليمها أو كان مستقرًا في إقليم دولة أجنبية.

وقد ظهر أول التطبيق لهذا المبدأ في الدويلات الإيطالية في القرن الثالث عشر بعد ازدهار

التجارة وتشابك العلاقات بين أفراد هذه الدويلات ونزوح الكثير من الأجانب للاستقرار في إقليم دولة أخرى. وقد بدأ ظهوره عن طريق المجاملات الدولية ثم استقر بتأثير من اعتبارات العدال والمصلحة.

تطبيق المبدأين معًا:

والواقع أنه بالنظر للتغيير الذي ألم بالمجتمع الدولي من ازدهار في العلاقات الاقتصادية ونمو في العلاقات التجارية واستقرار كثير من الجاليات الأجنبية في أقاليم دول أخرى سار تطبيق هذين المبدأين جنبًا إلى جنب ولكن على نحو يتفاوت مدى تطبيق كلا منهما تبعًا لتفاوت طبيعة العلاقات القانونية واختلاف طبيعة القواعد القانونية التي تحكم هذه العلاقات.

غير أن في وسعنا القول أن الأصل في التطبيق هو مبدأ إقليمية القانون لارتباطه بسيادة الدولة واستقلالها لا سيما بعد القضاء على ما كان يسود بعض الدول من امتيازات أجنبية وطائفية. أما الاستثناء فهو مبدأ شخصية القانون إلا أن هذا الاستثناء قد يتسع نطاقه في بعض فروع القانون وقد يضيق نطاقه في فروع أخرى. على النحو الذي نشير إليه فيما يلي:

أولاً- مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون العام:

تعرف قواعد القانون العام الداخلي بأنها القواعد التي تنظم العلاقات التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفًا فهي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بسيادة الدولة وسلطانها على إقليمها ولذلك فإن الأصل في قواعد القانون العام أن تطبق تطبيقًا إقليميًا ومع ذلك فإن ثمة استثناءات تبرز في مجالات ضيقة ترد على هذا المبدأ وأبرزها ما يأتي:

ففي دائرة القانون الدستوري لايتمتع الأجانب بما نص عليه الدستور من بعض الحقوق العامة والسياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية وكبعض الواجبات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية لأن هذه الحقوق مظهر من مظاهر الانتماء إلى الوطن وفي دائرة القانون الإداري والمالي يحرم الأجانب من حق تولي الوظائف العامة وإن جاز ارتباطهم بعقود شخصية. وقد يعفى الأجانب من دفع الضرائب لاعتبارات يقدرها المشرع ترتبط بالمصلحة العامة أو تجيء على سبيل المجاملة وفي دائرة القانون الجنائي تتعدد الاستثناءات التي ترد على قاعدة إقليمية القانون وقد وردت في قانون العقوبات العراقي النافذ الاستثناءات التالية.

١) توسع المشرع العراقي في تطبيق مبدأ إقليمية القانون فأجاز امتداد تطبيق قانون

العقوبات العراقي إلى خارج إقليم الدولة بالنسبة إلى جرائم معينة قدر المشرع خطورتها فقضى تطبيق القانون العراقي عليها حفاظًا على أمن وسلامة الدولة أيًا كان مرتكبها عراقيًا أو أجنبيًا فنصت المادة التاسعة من قانون العقوبات العراقي على تطبيق أحكامه على كل من ارتكب خارج العراق جريمة تمس أمن الدولة العراقية الخارجي أو الداخلي أو ضد نظامها الجمهوري أو سنداتها المأذون بإصدارها قانونًا أو طوابعها أو جريمة تزوير في أوراقها الرسمية كما أنها أخضعت لحكم القانون الجنائي العراقي الجرائم المرتكبة خارج العراق كجريمة تزوير أو تقليد أو تزييف عمله ورقيه أو مسكوكات معدنية متداولة قانونًا أو عرفًا في العراق أو في الخارج.

٢) كما أن المشرع العراقي وسع في تطبيق قانونه فجعل له اختصاصًا شاملاً لكل من ارتكب جريمة في الخارج من الجرائم التي تنص عليها في المادة الثالثة عشر ووجد في العراق وذلك رغبة منه في رعاية مصلحة المجتمع الدولي والحفاظ على أمن العائلة الدولية وقد حددت المادة الثالثة عشر المشار إليها هذه الجرائم بأنها (جرائم تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية والاتجار بالنساء أو الصغار أو بالرقيق أو بالمخدرات).

٣)وحد المشرع العراقي من نطاق مبدأ إقليمية القانون مراعاة منه لقواعد القانون الدولي العام التي أضفت الحصانة الدبلوماسية على بعض الفئات من المسؤولين فقضى في المادة الحادية عشر منه على عدم سريان قانون العقوبات العراقي على الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقات الدولية أو القانون الدولي العام والقانون الداخلي وفي مقدمة هؤلاء رؤوساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية.

٤) وأخذ المشرع العراقي بمبدأ شخصية القانون في الحالات الثلاثة الاتية:

أولاها: أخضع المشرع العراقي لحكم قانون العقوبات بمقتضى المادة العاشرة منه للمواطن العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق إذا وجد في العراق وكانت الجريمة جناية أو جنحة وكانت معاقب عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها ويطبق القانون العراقي حتى لو اكتسب الجاني الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة أو كان متمتعًا بالجنسية العراقية وقت ارتكابها وفقدها بعدئذ. ثانيها: وقرر المشرع العراقي بنص الفقرة الأولى من المادة (١٢) بسريان أحكام قانون العقوبات العراقي على كل من ارتكب جريمة في الخارج من موظفي الجمهورية العراقية والمكلفين بخدمة عامة لها أثناء تأدية أعمالهم أو بسببها بشرط أن تكون

الجريمة جناية أو جنحة. ثالثتها: وقضت الفقرة الثانية من المادة (١٢) من قانون العقوبات العراقي بإخضاع رجال السلك الدبلوماسي العراقي في الخارج الذين لا يخضعون لأحكام القانون الجنائي في الدولة التي يقيمون فيها لتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية لأحكام القانون العراقي إذا ارتكبوا جناية أو جنحة مما نص عليه القانون العراقي.

تطبيق المبدأين في فروع القانون الخاص:

تعرف قواعد القانون الخاص بأنها مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع أو بينهم وبين الدولة؟ على اعتبارها شخصًا معنويًّا اعتياديًّا وهي قواعد لا تتميز بطابع السلطة العامة أو سيادة الدولة ولذلك فإن المجال يتسع في نطاق فروع القانون الخاص للأخذ بمبدأ شخصية القانون فيجوز أن يتعدى قانون الدولة في التطبيق حدود إقليمها والأصل أن يحدد المشروع الوطني مدى تطبيق قواعد القانون الخاص الداخلي فيقرر الحالات التي يأخذ بها بمبدأ إقليمية القانون والحالات التي يعتد فيها بمبدأ شخصية القانون. وهو في الغالب لا يكون حرًّا في هذا التحديد وإنما ينزل عند مقتضيات العرف الدولي والاتفاقات الدولية عند أخذه بمبدأ شخصية القانون فيتولى العرف الدولي والاتفاقات الدولية تحديد كثير من الحالات التي ينبغي على الشرع الوطني أن يأخذ في نطافها بمبدأ شخصية القانون ويظل لهذا المشرع الحق بتوسيع نطاق تطبيق هذا المبدأ في غيرها من الحالات نزولاً عند اعتبارات المجاملة أو المعاملة بالمثل.

والواقع أن المشرع العراقي أخذ بمبدأ شخصية القانون على نطاق واسع في مجال الأحوال الشخصية أسوة بغيره من المشرعين. فقد نص المشرع العراقي في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على سريان أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص. وقضى بتطبق أحكام المواد (١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤) من القانون المدني العراقي في ححالة تنازع القوانين من حيث المكان. أما في دائرة القانون المدني والتجاري فقد تمسك المشرع العراقي بمبدأ إقليمية القانون ولكنه سمح ببعض الاستثناءات التي يطبق فيها قانون أجنبي والتي أشار إليها في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب التمهيدي للقانون المدني العراقي. ولن نخوض في تفصيل ما ورد في القانون المدني من استثناءات أو ما جاء في قانون الأحوال الشخصية من مجال واسع لتطبيق مبدأ شخصية القانون في هذا الموضوع؛ لأن مجال بحثها يقع في مادة القانون الدولي الخاص ومادة الأحوال الشخصية.

الموضوع الثاني

سريان القانون من حيث الزمان

إذا صدر القانون وتم نفاذه بنشره أو بانقضاء الميعاد المحدد للنفاذ بعد النشر سرت أحكامه على الوقائع والروابط القانونية التي تقع بعد نفاذه وهذا ما يسمى بالأثر الفوري أو المباشر للقانون. وإذا أعقب نفاذه صدور قانون جديد حل محل القانون الأول فعدله أو ألغاه سرى القانون الجديد على الوقائع التي تلي نفاذه دون أن ينسحب أثره إلى الوقائع التي تمت قبل نفاذه وهذا ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون. ولذلك ينبغي أن نقف قليلاً عند هذا المبدأ لنبين الحجج التي عملت على دعمه ولنتعرف على مواقف القوانين والفقه حياله ولندرك العقبات التي تحول دون تطبيقه تطبيقًا تامًّا. ثم نشير بعدئذٍ إلى الاستثناءات التي ترد على تطبيقه.

مبدأ عدم رجعية القانون:

يعني هذا المبدأ عدم سريان حكم القانون على الوقائع والتصرفات وآثارها التي تمت قبل نفاذه وهو مبدأ تسنده ثلاث حجج هي المنطق والعدل والمصلحة.

فليس من المنطق أن ينسحب أثر القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه؛ لأن القاعدة القانونية تعني تكليفًا يوجه لشخص ما بأمر وينبغي لتحمل هذا التكليف أن يكون الشخص المخاطب على علم به ويفترض علم المخاطب بالتكليف عند نشر القانون أو بانقضاء المدة التي حددها القانون بعد النشر لتمام نفاذه ولذلك فإن المنطق يقتضي أن لا يسري حكم القانون إلا على ما هو آت فيسري على الوقائع التي تعقب حدوثه.

والعدل يقتضي أن لا يسري حكم القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه وتمت في ظل قانون قديم ذلك لأن الأشخاص في تصرفاتهم قد اطمأنوا إلى ما يحكم علاقاتهم وأفعالهم من قواعد قانونية فليس من العدل أن ترتكب جريمة في ظل قانون يحدد عقوبة لها ثم يعاقب الشخص بعقوبة أقرها قانون جديد والحفاظ على استقرار المعاملات ودعم الثقة بالقانون ورعاية مصالح الناس يقتضي كذلك عدم سريان أحكام القانون الجديد على ما تم من الوقائع في ظل قانون قديم وإلا تزعزع استقرار التعامل وضعفت الثقة بالقانون.

ولذلك نصت بعض الدساتير وأكثر القوانين على هذا المبدأ ومن الدساتير التي نصت عليه الدستور المصري القائم فقد قضت المادة (٨٨) منه بالعمل بالقوانين بعد شهر من اليوم

التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حدد سريانها ميعاد آخر. وكذلك الدستور العراقي المؤقت القائم الذي نصت الفقرة (ب) من المادة الرابعة والستين منه (على أن القوانين ليس لها أثر رجعي إلا إذا نص على خلاف ذلك ولا يشتمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية).

كما نص القانون المدني العراقي أسوة بكثير من القوانين المدنية على هذا المبدأ فنص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون المدني على ما يأتي (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذًا فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقًا بالنظام العام أو الآداب). ويلاحظ على ما تقدم أن الدستور إذا نص على هذا المبدأ سواء جاء النص مطلقًا أو مقيدًا بقيد لا يملك المشرع الخروج على حكم النص في كل تشريع يصدره أما إذا سكت الدستور عن ذلك ونصت القوانين عليه التزام القاضي بمبدأ عدم رجعية القانون إلا في الحالات المنصوص عليها.

مدى صعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين:

لا يثير تطبيق هذا المبدأ صعوبة ما بالنسبة للوقائع التي تم تكوينها وتمت آثارها في ظل قانون ما ثم صدر قانون لاحق يغير في أحكامها ولكن الصعوبة تثور بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ بعض عناصر تكوينها في ظل قانون ثم تتوافر العناصر الأخرى في ظل قانون لاحق كالتقادم والوصية كما تثور الصعوبة أيضًا بالنسبة للمراكز القانونية التي تم تكوينها في ظل قانون ولكن آثارها ظلت مستمرة وامتدت حتى صدر قانون لاحق يغير في أحكامها كالزواج والقرض والإيجار.

ويجري التساؤل عندئذ عن مدى تطبيق القانون الجديد على هذه الوقائع وتلك المراكز من حيث تكوينها أو من حيث آثارها ونسوق الأمثلة الآتية لنبين مدى صعوبة التمسك بمبدأ عدم رجعية القانون.

١) أقرض شخص آخر مبلغًا من المال بفائدة قدرها (٨٪) ثم صدر قانون جديد أثناء سريان العقد يخفض سعر الفائدة إلى (٧٪) فهل يسري القانون الجديد على فوائد القرض أو تظل الفوائد محكومة بالقانون القديم.

٢) بلغ شخص كامل أهليته في ظل قانون يحدد سن البلوغ بتمام الثامنة عشر من العمر وبعد عام من بلوغه صدر قانون جديد برفع سن الرشد الذي يكتمل به الأهلية إلى تمام

الحادية والعشرين فهل ينقلب الشخص الذي اكتملت أهليته في ظل القانون القديم شخصًا ناقص الأهلية.

٣) إذا كان القانون القديم يحدد ميعادًا معينًا لكسب الملكية بالتقادم ووضع شخص يده على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بنيه تملكه مدة ما ثم صدر قانون جديد ينقص من مده كسب الملكية بالتقادم التي نص عليها القانون القديم أو يزيد فيها فهل يسري حكم القانون الجديد أم يخضع التقادم للمدة التي حددها القانون القديم.

الحلول الفقهية لتحديد مدى تطبيق مبدأ عدم الرجعية:

لتحديد منطقتي سريان كل من التشريع القديم والجديد على الوقائع والمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولمعرفة مدى تطبيق مبداء عدم رجعية تبرز نظريتان ساقها الفقه في هذا الشأن أولاهما: النظرية التقليدية القائمة على التمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل والنظرية الحديثة أولا النظرية التقلدية[1] (التميز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل).

تقوم هذه النظرية على التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فإن كسب حق في ظل قانون قديم امتنع سريان القانون الجديد على الماضي وإذا مس القانون الجديد مجردر أمل ينتج عن واقعه نشأت في ظل قانون قديم سرى آثر القانون الجديد على الماضي وقد ناصر هذه النظرية الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر وجانب كبير من القضاء. وعرف الحق المكتسب بتعريفات كثيرة لعل أبعدها عن الغموض القول بأنه مصلحة مالية تدخل في ذمة شخص يمكن الدفاع عنها بدعوى أو بدفع. أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق فلو تألفت شركة للإقراض في ظل قانون يحدد سعر الفائدة الاتفاقية «٩٪» وأقرضت عملاءها بهذا السعر ثم صدر قانون جديد يخفض سعر الفائدة الاتفاقية إلى «٧٪» فإن حكم القانون الجديد لا يسري على ما قبضته الشركة قبل نفاذه من فوائد تزيد على السعر الذي حدده لأنه يمس عندئذ حقًا مكتسبًا للشركة ولكنه يسري على الفوائد التي تستحق بعد نفاذه لأن حق الشركة فيها مجرد أمل.

---

(١) أصول القانون: السنهوري وأحمد حشمة أبو ستيت. ص ١٩١.

ثانيًا: النظرية الحديثة[1]:

تقوم هذه النظرية على مبدأين أحدهما يكمل الأخر هما الآثر المباشر للقانون ومبدأ عدم الرجعية ومفادها أن القانون الجديد يحكم ما يعقب نفاذه من وقائع وتصرفات أما ما اكتمل نشوؤه من مراكز قانونية أو تصرفات وما تم من آثارها قبل نفاذه فلا سريان لحكمه عليها وإنما تخضع جميعها للقانون القديم أما بالنسبة للمراكز القانونية التي توافرت بعض عناصر تكوينها مما له قيمة قانونية في ذاته في ظل قانون قديم وتوافرت عناصر التكوين إلى أخرى في ظل قانون جديد كالتقادم والوصية. فإن ما تكون من عناصر في ظل القانون القديمم يخضع لحكم هذا القانون وتسري أحكام القانون الجديد على العناصر التي اكتملت في ظله. وإذا اكتملت عناصر المركز القانوني في ظل قانون قديم غير أن آثاره ظلت مستمرة إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد كالزواج والقرض والإيجار فإن الآثار التي تمت تخضع للقانون القائم وقت تمامها فيخضع ما تم من آثار في ظل القانون القديم لحكمه ويسري حكم القانون الجديد على الآثار التي تمت بعد نفاذه.

فلو أوصى شخص بثلث ما له لوارث في ظل قانون يجيز الوصية للوارث في حدود الثلث من التركة ثم صدر قانون جديد يقيد الوصية للوارث بربع التركة فقط ومات الموصي بعد نفاذ القانون الجديد فإن أحكام القانون الجديد تسري على الوارث فلا يستحق غير الربع من التركة. أما الوصية من حيث شكلها فتخضع للقانون القديم ما دامت قد استوفت الشكل المقرر فيه. ذلك لأن الوصية تتكون من عنصرين أولهما التصرف والشكل المطلوب فيه وثانيهما موت الموصي وقد اكتمل العنصر الأول في ظل القانون القديم فيكون محكومًا به. أما العنصر الثاني فلم يتحقق إلا بعد نفاذ القانون الجديد ولذلك يسري عليه حكمه.

ولو صدر قانون يخفض من سعر الإيجارات بنسبة معينة سرت أحكامه على الإيجارات التي تستحق بعد نفاذه أما ما قبضه المؤجر من أجرة قبل نفاذ القانون الجديد فأنه يستحقها كاملة إلا إذا كان القانون الجديد قد حدد مدة معينة لسريان أحكامه تسبق نفاذه أو قضى بسريان حكمه على عقود الإيجار منذ وقت إبرامها ذلك لأن ما استحقه المؤجر من أجرة قبل نفاذ القانون الجديد يعتبر أثرًا تم في ظل القانون القديم.

---

(١) المدخل لدراسة القانون: مالك دوهان الحسن ومراجعته. ص ٤٤٨.

تقدير النظريتين:

تعرضت النظرية التقلدية للنقد من قبل الفقه الحديث. فقيل إنها جاءت متشبعة بالنزعة الفردية وراعت المصالح الشخصية على حساب أهداف القانون، وقيل كذلك إنها لم تضع معيارًا واضحًا للتمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل، وقيل أيضًا إنها تخلط بين الأثر المباشر للقانون وبين الأثر الرجعي له فتجعل من سريان القانون على الشخص الذي اكتملت أهليته في ظل قانون قديم وعاد ناقص الأهلية في ظل قانون جديد برفع سن الرشد مثلاً لرجعية القانون مع أنه في حقيقته مثلاً للأثر المباشر للقانون الجديد.

وقد تعرضت النظرية الحديثة بدورها للنقد بسبب عدم تخلصها من آثار الفكر الفردي كرفضها سريان القوانين المتعلقة بالنظام العام على الماضي وكتأكيدها على وجوب إخضاع آثار التصرفات القانونية للقانون الذي تمت في ظله وإن استمرت هذه الآثار إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد إلا أنها بلا ريب تعتبر أفضل من النظرية التقليدية التي تشبعت بالنزعة الفردية واكتنفها الغموض والنقص والخلط.

الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية:

نوجز فيما يلي أبرز الاستثناءات التي سلم بها التشريع والفقه على هذا المبدأ:

١) **النص الصريح:** فإذا قضى المشرع بسريان القانون على الماضي بالنص الصريح في قانونه سرى حكم هذا القانون على ما وقع قبل نفاذه من وقائع وتصرفات.

٢) **القانون التفسيري:** وهو التشريع الذي يصدر لإزالة غموض شاب نصوص قانون نافذ وأدى إلى ارتباك القضاء في تفسيره وتطبيقه فإذا صدر القانون التفسيري سرت أحكامه على الوقائع القائمة وقت نفاذه دون الوقائع التي حسمت من قبل القضاء قبل صدوره.

٣) **القانون المتعلق بالنظام العام:** تسري أحكام هذا القانون على الماضي ولا حق لأحد في الاعتراض على تطبيقها بحجة مساسها بحق اكتسبه ومع ذلك يجب أن يلاحظ أن هذه القوانين إذا تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية سرت على الماضي دون خلاف في المسائل الموضوعية كالجمع بين الأختين الذي حرمه الإسلام بأثر رجعي دون المسائل الشكلية التي لا أثر في نطاقها لمبدأ الرجعية فمن أسلم لا يطلب منه إعادة عقد زواجه بالشكل الذي يتطلبه الإسلام. أما إذا تعلقت بالمعاملات المالية فينبغي التمييز بين نوعين منها: أولها: إذا استهدف القانون تحقيق مصلحة عامة خالصة كالقانون الذي يعطي للأوراق المصرفية سعرًا جبريًا ولا

يجيز للأشخاص استبدال الذهب بأوراقهم. وثانيهما: إذا هدف القانون إلى حماية المصالح الفردية كالقانون الذي يخفض الحد الأعلى للفائدة الاتفاقية أما النوع الأول فيسري حكمه على التصرفات التي عقدت قبل نفاذه. ولا تزال قائمة فيحكم جميع آثارها وأما النوع الثاني فلا يسري على ما تم من آثار التصرفات المبرمة قبل نفاذه ولكنه يحكم الآثار التي تتحقق بعد النفاذ وقد أقرت النظرية التقليدية هذا الاستثناء أما النظرية الحديثة فقد رفضته بحجة عدم وجود مبرر له لأن للمشرع الحق في أن يقضي برجعية القانون بالنص الصريح.

٤) **القانون الجنائي الأصلح للمتهم:** تنص كثير من القوانين كما يسلم الفقه والقضاء بسريان القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذه ولم يصدر الحكم النهائي فيها كأن يبيح القانون الجديد الفعل الذي ارتكبه المتهم أو يخفف من عقوبة الجريمة التي ارتكبها ما دام الحكم النهائي لم يصدر فيها والحجة في رجعية القانون الأصلح للمتهم هو مراعاة العدل والمصلحة أولًا ولأن المشرع هو الذي يقدر مدى خطوره الفعل المرتكب على أمن المجتمع ثانيًا.

أما إذا صدر الحكم النهائي قبل نفاذ القانون الجديد الذي اعتبر الفعل مباحًا فعلى السلطة المختصة أن توقف تنفيذ الحكم وتطلق سراح المحكوم عليه وإذا صدر القانون الجديد مخففًا من عقوبة الجريمة وجب على المحكمة المختصة إعادة النظر في العقوبة لتخفيفها ويقع ذلك عن طريق طلب يقدم وموافقة المحكمة عليه. وقد أشار المشرع العراقي إلى هذا الاستثناء في نص الفقرة الثانية من قانون العقوبات العراقي الجديد.

الفرع الرابع
تفسير التشريع

معنى التفسير والغرض منه:

يعني التفسير لغة البيان والتوضيح لكشف المراد. أما اصطلاحًا فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه وذهب الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين أحدهما يضيق في مفهومه وثانيهما يوسع من معناه.

أما التفسير الضيق فيعني إزالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء على الاختلاف في تحديد معناه والتفسير بهذا المعنى لا يقع إلا في حالة غموض النص فلا شأن له بنقص أحكام

النص أو بتعارض أجزاء القانون. أما التفسير الواسع فيعني توضيح ما غمض من ألفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر. والتفسير بهذا المعنى يلازم تطبيق القانون ويقتضي تفهم معناه لإيجاد الحل المناسب للحكم فإذا شاب النص غموض أو نقص أو عيب مادي أو تعارض بين النصوص وجب على القاضي أن يعمد إلى التفسير كي يتوصل إلى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع.

وفي رأينا أن التفسير يلازم تطبيق القانون ولا صحة للقول أنه لا يرد إلا على النص الغامض فهو عملية عقلية علمية يراد بها الكشف عن المصلحة التي تهدف إليها الإرادة التشريعية للحكم في الحالات الواقعية فهو يتضمن جميع العمليات التي يقتضيها تطبيق القانون على واقع الحياة. ولذلك فإن الحاجة إلى التفسير تنشأ عن طبيعة القانون لا عن غموض نصوصه. إن تفسير القاعدة القانونية يهدف إلى الوقوف على ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب تقريره فيما يعرض في واقع الحياة من وقائع لم تواجهها القاعدة القانونية فالمشرع مهما بلغت دقته لايمكن أن يجيء تشريعه سالمًا من الغموض أو العيوب أو النقص فقواعد القانون تتميز بعموميتها وبتجريدها دون اكتراث بدقائق الأمور وكثيرًا ما ترتبط الأحكام بأفكار مجردة بترك تقديرها للقاضي في ضوء تطور الحياة وظروف المجتمع وقواعد القانون لا يمكن أن تحكم جميع ما يجد في المستقبل من وقائع لأنها وليدة الحياة والمشرع ومهما اتسع أفقه لايمكن أن يحط بها تفصيلاً كما أن المشرع مهما بلغت دقته لايمكن أن يضمن سلامة النصوص في صياغته لها من العيوب، يتضح مما تقدم أن تطبيق القانون يقتضي تفسيره للعثور على الحكم الواجب التطبيق قبل أن يعمد المشرع إلى تعديل القانون القائم أو إلى إلغائه بعد تكاثر عيوبه ونقائصه ولذلك فإن المفهوم الواسع للتفسير هو الذي يساير طبيعة القانون ومقتضيات الحياة؛ لأن الغرض من التفسير هو إيجاد الحلول للوقائع التي تعذر على القاضي العثور بيسر على حلولها بالنظر لعجز المشرع عن ضمان سلامة نصوص تشريعية من العيوب ولقصور النصوص عن الإبقاء بكل الحلول للوقائع غير المتناهية في الحال والاستقبال.

وجدير بالذكر أن التفسير يلازم المصدر الرسمي للقانون الذي يأتي باللفظ و المعنى معًا وهذا المصدر ليس سوى التشريع والكتب الدينية التي تعتبر في بعض الحالات مصدرًا رسميًّا أما المصادر الرسمية الأخرى فلا حاجة للتفسير في نطاقها؛ لأنها تأتي بمعنى مستقر دون أن ينصب في قالب لفظي يكتنفه الغموض أو النقص.

حالات التفسير:

إذا كان النص واضحًا أي أن الألفاظ تعبر عن إرادة المشرع الحقيقية طبق المفسر النص دون عناء فلا مساغ للاجتهاد أو للتفسير في معرض النص الصريح أما إذا شاب النص الواضح بعض العيوب المادية عمل المفسر إلى إزالتها كأن يكون المشرع قد استعمل حرفًا لايستقيم المعنى إلا باستعمال حرف آخر بديل عنه. فلو جاء في نص القانون العقابي ما يأتي (يعاقب المجرم بالحبس أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين). فإن معنى النص لايستقيم إلا باحلال حرف واو بدلاً من حرف أو في الشطر الأول من النص. ويتولى المفسر إزالة العيب المادي ليصبح النص على النحو الآتي:

(يعاقب المجرم بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين).

أما إذا كان النص غامضًا أو ناقصًا أو يجيء بعض النصوص متعارضة في أحكامها استعان المفسر بقواعد التفسير لإزالة الغموض أو النقص أو التناقض، فالغموض والنقص والتعارض في الأحكام هي عيوب النصوص الموضوعية التي تقتضي التفسير وسنوجز بيان معانينها فيما يلي:

أولاً- غموض النص:

يعني الغموض إبهام اللفظ أي خفاء وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهدًا من المفسر لتحديد المعنى المقصود. وينشأ الغموض عن أسباب كثيرة تولى تفصيلها علماء أصول الفقه الإسلامي ولعل في مقدمتها احتمال اللفظ أكثر من معنى واحد. كلفظ الليل الذي يحتمل معنيين أولهما الليل الفلكي ويعني الفترة الزمنية بين غروب الشمس وشروقها، وثانيهما حلول الظلمة في تلك الفترة فإذا اعتبر الليل ظرفًا مشددًا في جريمة السرقة وجب على القاضي أن يكشف المعنى المقصود بالليل. ومن أسباب الغموض كذلك غرابه اللفظ وإخراج اللفظ من معناه اللغوي إلى معنى اصطلاحي قصده المشرع وانفراد بعض أفراد النص العام باسم خاص أو بوصف خاص يميزه عن سائر أفراد جنسه مما يبعث على التساؤل عن مدى انطباق حكم النص على هذا البعض وإذ كانت إزالة الغموض مهمة تلقى على عاتق المفسر لا سيما القاضي فلا سبيل لإزالة الغموض في بعض الحالات إلا عن طريق المشرع.

---

(١) انظر: دلالات: النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، الدكتور مصطفى الزلي. ص٢٠٨.

ثانيًا- النقص في الحكم

ويعني انعدام النص أو أن يفوت النص حكم حالات كان ينبغي أن يحكمها أو بتعبير آخر أن يجيء النص بحكم حالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي أن يستوعبها النص بالحكم كأن يحرم المشرع التعامل في تركه مستقبله دون أن ينص على حكم التعامل في الأموال المستقبلية بصورة عامة.

ثالثًا- التعارض بين أحكام النصوص:

ويراد بالتعارض بين أحكام النصوص أن تجيء أحكام نصين أو عدد من النصوص غير متوافقه مع بعضها. ويقع هذا التعارض كثيرًا في الحياة القانونية وينسب إلى تسرع المشرع في إصدار تشريع يحكم مسألة معينة دون استيعاب دقيق لأحكام التشريعات الصادرة في شأنها ليتحاشى التعارض فيما بينها.

أنواع التفسير:

يقوم بالتفسير عادة الفقه والقضاء ونادرًا ما يقوم به المشرع في الوقت الحاضر ولذلك تبرز في التفسير أنواع ثلاثة هي التفسير التشريعي والتفسير القضائي والتفسير الفقهي. ويضاف إليها نوع رابع هو التفسير الإداري الذي يقوم به رجال الإدارة في نطاق وظائفهم وسنتكلم بإيجاز في هذه الأنواع.

أولاً التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي يصدر من المشرع لإزالة غموض أو سد نقص أو تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تهتد إلى معرفة قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية. وقد تضاءلت أهمية هذا النوع من التفسير في الوقت الحاضر. فندر وقوعه بعد أن كان هو النوع الغالب في الأنظمة القانونية القديمة، وكالقانون الروماني والأصل أن يصدر التشريع التفسيري من السلطة المختصة بسن التشريع المفسر (بفتح السين) فتفسير القانون يتم بقانون مفسر (بكسر السين) وتفسير النظام يتم بنظام مفسر. ومع ذلك يجوز للسلطة التشريعية المختصة بسن القانون أن تنيط تفسيره بغيرها كالسلطة التنفذية ومن الأمثلة على ذلك القرارات التي أصدرتها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي وما صدر من المجلس الزراعي الأعلى من تفسيرات لقانون الإصلاح الزراعي ويعتبر التشريع المفسر (بكسر السين) جزءًا من التشريع المفسر (بفتح السين) وينسحب تطبيقه على الوقائع القائمة في ظل التشريع المفسر والتي لم تصدر فيها الأحكام وهو يتمتع بالقوة الملزمة لأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تلزم القضاء بالتطبيق.

وينبغي أن يلاحظ أن على المشرع أن لا يلجأ إلى التفسيرات التفسير التشريعي ابتغاء تحوير أحكام تشريع قائم واستحداث قواعد قانونية تخالف ما تضمنه التشريع المفسر تحت ستار التفسير؛ ذلك لأن هذا المسلك من المشرع يعتبر تحايلاً على مبدأ عدم رجعية التشريع ولذلك قرر القضاء الفرنسي المعاصر عدم رجعية القوانين التفسيرية ما لم ينص بصراحة على سريانها بأثر رجعي وينبغي أن يلاحظ أنه لا يملك غير المشرع وحده تفسير كل من المشترك المعنوي والنص المجمل وهما من صور النصوص الغامضة.

ثانيًا- التفسير القضائي:

ويقوم القضاء بهذا التفسير بحكم طبيعة وظيفته فهو الذي يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله. هو الذي يواجه عمليًا غموض التشريع ونقصه وعيوبه وهو الذي يعمل على استنباط الأحكام للوقائع التي لا يعثر على حكم لها في النصوص ويتميز التفسير القضائي بالطابع العلمي؛ لأن القضاء يواجه واقع الحياة فهو في تفسيره لتشريع يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى إلى جعل أحكام القانون متمشيًا مع حاجيات المجتمع وتطور أوضاعه ولذلك فإن القضاء في قيامه بمهمة التفسير يلعب دورًا هامًّا في تطور القانون وإن كان دور ينبغي أن يمارس بحذر شديد مما حدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار القضاء مصدرًا رسميًّا للقانون في نطاق ضيق في البلاد التي لا تأخذ بمبدأ السوابق القضائية والتفسير القضائي لايتمتع بالقوة الملزمة فلا يلتزم به القاضي في أحكامه المقبلة كما أن تفسيره لايلزم المحاكم إلا في الحالات التي نص عليها الدستور أو القانون. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة (٢١٥) من قانون المرافعات العراقي التي قضت بوجوب اتباع قرار محكمة التمييز في حالات ثلاث منها صدور قرار النقض من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز. وبالنظر إلى أن القضاء يتمتع بالاستقلال في أحكامه وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٦٠) من الدستور العراقي المؤقت القائم فإن القاضي لا يلتزم بأي تفسير تصدره السلطة التنفذية أو الجهات الإدارية للقوانين والأنظمة عن طريق المنشورات وغيرها.

---

(١) أصول القانون: السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت. ص٢٠٢.

ثالثًا- التفسير الفقهي:

وهو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون ويتمز التفسير الفقهي بطابعه النظري ذلك لأن الفقيه عندما يقوم بالتفسير لا يعرض لحالات خاصة وإنما يستخلص قواعد عامة ويعمد إلى التأصيل العلمي والمنطقي دون أن يعتمد في التفسير على وقائع الحياة. والتفسير الفقهي لا يكون ملزمًا للقضاء غير أن القضاء كثيرًا ما يتأثر بهذا التفسير لاعتبارات أدبية لا سيما إذا صدر الرأي عن فقيه جليل. وإذا كان للتفسير الفقهي طابعًا نظري خلافًا للطابع العملي للتفسير القضائي إلا أن ذلك لا يعني استقلال الفقه عن القضاء فغالبًا ما يتأثر الفقهاء بما اتجهت إليه المحاكم في أخذها لظروف الحياة العلمية بعين الاعتبار وكثيرًا ما يتأثر القضاة بآراء الفقهاء السديدة وقد يحملهم ذلك إلى العدول عن اتجاه قضائي سابق فالتعاون بين الفقه والقضاء وثيق في الوقت الحاضر والتأثير بينهما متبادل.

رابعًا- التفسير الإداري:

وهو التفسير الذي تقوم به السلطات الإدارية في صوره منشورات وتعليمات تصدرها إلى اتباعها في السلك الإداري لتفسير تشريع ما. ولايتمتع هذا التفسير بأي قوة ملزمة بالنسبة للقضاء وإنما يعتبر بمثابه رأي شخصي ويقتصر إلزامه على من وجه إليه التفسير من رجال الإدارة.

مدارس أو مذاهب التفسير:

تبرز في دائرة تفسير القانون ثلاث مدارس تتفاوت من حيث مدى اعتدادها بإرادة المشرع هي المدرسة التقليدية أو مدرسة التزام النص والمدرسة الاجتماعية والمدرسة العلمية.

أولاً- المدرسة التقليدية أو مدرسة الالتزام بالنص:

وترتبط بهذه المدرسة مدرسة الشرح على المتون التي سادت الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر والتي قدست تقنين نابليون وإرادة مشرعه. وتقوم هذه المدرسة على أساسين أولهما: كفاية التشريع ففي اعتقادها أن التشريع في صورة التقنين يشمل جميع الأحكام القانونية ولا مصدر للقانون سواه ولذلك فإنها استبعدت العرف وغيره كمصدر للقانون وثانيهما: تقديس إرادة المشرع الحقيقية وهي إرادة المشرع وقت سن التشريع ذلك لأن إيمانها بأن التشريع هو المصدر الفرد للقانون حملها على تقديس إرادة المشرع الحقيقة في تفسير

القانون ما دام التشريع هو المظهر المعبر عن هذه الإرادة. وترى هذه المدرسة أن النص إذا كان واضحًا أي أن إرادة المشرع الظاهرة من النصوص توافق إرادته الباطنة والحقيقية. طبق القاضي النص الكاشف عن إرادة المشرع دون عناء أما إذا كان النص غامضًا وتعذر على القاضي فهم معناه الكاشف عن إرادة المشرع الحقيقية عمد إلى التحري عن هذه الإرادة عن طريق وسائل خارجة عن النص وهي: حكمة التشريع والأعمال التحضيرية للتشريع والمصادر التاريخية له وتسمى هذه الوسائل بطرق التفسير الخارجية. أما إذا انعدم النص ولم يجد القاضي حلا للقضية المنظورة في ألفاظ النصوص عمد إلى افتراض نية المشرع. والنية المفروضة تعني نية المشرع وقت سن التشريع لو أنه عرض للحالة التي أغفلها النص بالحكم وقت سنه ويستعين القاضي بوسائل لا تخرج عن دائرة النصوص للوصول إلى نية المشرع المفروضة ولذلك فهي تسمى طرق التفسير الداخلية وهي القياس والقياس من باب أولى ومفهوم المخالفة وسنعرض لبيان معاني مختلف هذه الوسائل في فقرة تالية.

وإذا كانت هذه المدرسة تتميز باحترامها للتشريع ولإرادة المشرع الحقيقية مما يؤدي إلى الحيلولة دون تحكم القضاء في التفسير وإلى الحفاظ على هيبة القانون وإلى احترام مبدأ الفصل بين السلطات ومنع القضاء من المساس بسلطات المشرع إلا أنها غالت في احترام إرادة المشرع مغالة تؤدي إلى جمود القانون والحيلولة دون تطوره لأنها تعتد دائمًا بنية المشرع وقت وضع التشريع هذا فضلاً عن أن اعتبارها التشريع المصدر الفرد للقانون ينطوي على إنكار للمصادر الرسمية الأخرى للقانون وفي مقدمتها العرف وهو إنكار يفنده واقع الحياة القانونية لأن التشريع لا يمكن أن يستوعب جميع الحلول للوقائع القانونية غير المتناهية.

ثانيًا: المدرسة الاجتماعية أومذهب التطور:

تقوم هذه المدرسة على أساس هو انفصال القانون المكتوب عن إرادة المشرع وقت سنه والاعتقاد بأن القانون يحيا حياة مستقلة عن إرادة المشرع وأنه يتطور تطورًا دائبًا محتمًا بتطور المجتمع أوضاعًا وظروفًا وقيمًا ولذلك فهي لا تعتد بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة وإنما تأخذ بنيتة المحتملة ويقصد بنية المشرع المحتملة نية المشرع وقت تطبيق النص وتفسيره لا وقت سنه. أي أن تفسير القانون ينبغي أن يكون في ضوء ظروف المجتمع وأوضاعه والمفاهيم والقيم السائدة ومقتضيات المصلحة والعدل وقت التفسير وبذلك يكتسب القانون مرونة تبعده عن الجمود ويصبح به مسايرًا لتطور المجتمع. وقد ظهرت هذه المدرسة في أوائل القرن

العشرن في ألمانيا وتحمس لها بعض الفقهاء كالفقيه (إيرنك) إلا أنه لم يكتب لها النجاح والازدهار إلا على يد بعض فقهاء فرنسا وفي مقدمتهم الفقيه سالي الذي نسب كثير من الفقهاء هذه المدرسة إليه.

وإذا كان من فضائل هذه المدرسة إضفاء الحياة والمرونة على القانون بجعله مواكبًا للمجتمع في تطوره إلا أنه يؤخذ عليها أن اتجاهها في التفسير يفقد التشريع بعض الهيبة ويدعو إلى تحكم القضاء واضطراب الأحكام كما أنه يؤدي إلى المساس بمبدأ الفصل بين السلطات ذلك لأن السلطان الواسع الذي يتمتع به القضاء في تفسير القانون قد يجعل من القاضي مشرعًا منشئًا لقواعد القانون لا مجرد مفسر لها.

ثالثًا المدرسة العلمية أو مذهب البحث العلمي الحر:

تنسب هذه المدرسة إلى الفقية الفرنسي (فرانسوا جني) الذي عبر عن أفكاره في مؤلفه الشهير (طريقة التفسير والمصادر في القانون الخاص الوضعي).

ويرى جني أن التشريع يستقل عن إرادة المشرع بعد سنه كما أنه يؤمن بعدم كفاية التشريع للوفاء بجميع الحلول القانونية فهو ليس المصدر الفرد للقانون وإنما يقف العرف إلى جانبه وهو يرى أن تفسير القانون ينبغي أن يتم بمقتضى نية المشرع الحقيقية وقت سن التشريع إذا كانت نيته واضحة أما إذا لم تكن كذلك فينبغي عدم البحث عن إرادة المشرع المفروضة عن طريق التوسع في القياس المنطقي للوصول إليها وبذلك يخالف المدرسة التقلدية وينبغي عليه عدم التحري عن نية المشرع المحتملة وهو في ذلك يخالف المدرسة الاجتماعية.

ويميز جني بين حالات مختلفة تقتضي التفسير فإذا كان النص واضحًا طبقه القاضي معتدًا بنية المشرع الحقيقية وإن لم يكن واضحًا وجب على القاضي أن يفسر النص لا عن طريق افتراض إرادة المشرع لأن النص يستقل عن إرادة المشرع بعد سنه وإنما في ضوء ظروف المجتمع وقت التفسير ووفق روح العصر ومقتضيات العدالة. فإن لم يوجد نص استعان القاضي بالعرف فإن انعدم الحكم في أي مصدر رسمي وجب على المفسر أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر ملتمسًا الحل عن طريق التمعن في الأصول الواقعية والفكرية التي تسود المجتمع فيستلهم الحكم لا من رأيه الخاص وإنما عن طريق دراسة مجموعة من الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية التي تنهض في مجتمع ما.

وينسب لجني الفضل في توضيح عدم كفاية التشريع والعرف في استيعاب جميع الحلول

القانونية والدعوة إلى البحث العلمي الحر للوصول إلى الحلول القانونية عن طريق دراسة الأصول الواقعية والفكرية التي تمثلها مجموعة من الحقائق تسود مجتمعًا ما وقد أثرت أفكاره في جانب كبير من الفقه المعاصر كما تأثر بها كثير من المشرعين كالمشرع السويسري الذي نص في المادة الأولى من قانونه المدني على أن على القاضي أن يحكم كما لو كان مشرعًا حين ينعدم النص في التشريع أو ينعدم العرف.

قواعد التفسير:

ينسب للمدرسة التقليدية أو مدرسة التزام النص الفضل في وضع جملة من القواعد يستعين بها المفسر في تفسير القانون ولا يزال القضاء المعاصر يأخذ بها بالرغم من انحسار تأثير المدرسة التقليدية وسنوجز فيما يلي بيان مختلف وسائل التفسير التي وضعتها المدرسة التقليدية وما أضيف إليها.

إن قواعد التفسير تبدوا على نوعين أولهما: قواعد التفسير الخارجية وهي القواعد التي يستعين بها المفسر من خارج دائرة النصوص وثانيهما: قواعد التفسير الداخلية وهي القواعد التي يلتمسها المفسر داخل دائرة النصوص.

طرق التفسير الخارجية:

وهي طرق يستند فيها المفسر إلى عنصر خارج عن التشريع ويستعين بها لا سيما في حالة غموض النص وأهمها ما يأتي:

١) حكمة التشريع: وتعني الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص. أو العلة التي اقتضت الحكم وعن طريق إدراكه لعلة الحكم يقوم المفسر بتوضيح ما غمض من ألفاظ النص.

٢) **الأعمال التحضرية**: وهي مجموعة الأعمال التي تواكب التشريع منذ اقتراحه حتى تمام سنه كالمذكرات التفسرية ومناقشات المجلس التشريعي ومحاضرها وأعمال اللجنتان المختصة بإعداد التشريع ويستعين المفسر بهذه الأعمال في توضيح النص المبهم أو استكمال نقصه أو رفع التعارض بين النصوص لمعرفة إرادة المشرع غير أن المفسر ينبغي أن يكون حذرًا في الاستعانة بهذه الأعمال لأنها ليست جزءًا من التشريع وإنما هي وسيلة لإدراك مقاصد المشرع ولذلك فإن من المحتمل أن تشتمل على فكرة خاطئة وينبغي على المفسر عندئذ أن لا يعتد بهذه الفكرة وإنما يصل إلى إرادة المشرع عن طريق آخر.

٣) المصادر التاريخية: وهي المراجع التي استمد منها المشرع أحكام تشريعه فالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري هما المصدران التاريخيان للقانون المدني العراقي. فإذا غمض نص رأى المفسر أنه مستمد من الفقه الإسلامي استعان بهذا الفقه في تفسير النص وإن وجده مستمدًا من قانون وضعي أجنبي استرشد بالفقه والقضاء الأجنبيين في تفسير هذا النص.

٤) العادات: وهي مجموعة القواعد التي ألفها الناس في تعاملهم حتى استقرت ويستعين بها المفسر في تحديد نطاق كثير من الحقوق كحقوق الملكية والجوار والاتفاق ويستعين بها المفسر في تحديد ما يعتبر من أعمال التسامح التي لا تكسب حقًا ومالًا يعتبر كما أن الرجوع إلى العادات أمر يلجأ إليه المفسر في تفسير العقود إذا تبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأخذ بها.

٥) الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما:

وهي فلسفة تشيع في مجتمع يسوده نظام حكم تميز بمبادئ محددة قام عليها وفلسفة تشبع بها وينبغي على المفسر أن يستهدي بها في تفسيره للقانون.

طرق التفسير الداخلية:

وهي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته ويستعين المفسر بهذه الطرق في الحالات التي ينعدم فيها النص أو تبدوا فيها نقائص أحكام القانون أو يبدو فيها التناقض بين أحكام عدد من النصوص وأهم هذه الطرق مايأتي:

١) الاستنتاج بطريق القياس:

ويعني إعطاء حالة غير منصوص على حكمها نفس حكم حالة أخرى ورد نص يحكمها لتماثل العلة بين الحالتين فإذا قرر المشرع الجنائي عدم توقيع العقوبة على من يرتكب سرقة إضرارًا بزوجه أو بزوجته أو أصوله أو فروعه طبق هذا الحكم عن طريق القياس على حالتين لم ينص عليهما هما النصب وخيانة الأمانة.

٢) الاستنتاج من باب أولى:

ويعني إثبات حكم واقعة منصوص عليها في واقعة لم ينص على حكمها لأن علة الحكم في الحالة غير المنصوص عليها والمراد استنباط حكم لها أقوى أي أكثر توافرًا من علة الحكم في الحالة التي ورد بها النص فإذا كان القانون الجنائي يعتبر تلبس الزوجة بالزنا ظرفًا مخففًا

لعقوبة الزوج إذا قتل زوجته المتلبسة فمن باب أولى أن يكون الحكم كذلك إذا ضرب الزوج زوجته المتلبسة ضربًا مبرحًا وأصابها بجراح أو بعاهة مستديمة.

٣) الاستنتاج من مفهوم المخالفة:

[(١)]ويعرف في فقه القانون بأنه إعطاء حالة غير منصوص عليها حكمًا يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين أو لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها. ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (٦٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ «لايساءل جزائيًا من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها» فعلة عدم المساءلة الجزائية هي ابتغاء البينة والاختيار أما إذا ثبت الاختيار وأقدم الشخص على ارتكاب الجريمة باختياره وجبت المساءلة الجزائية لانتفاء العلة. ومن الأمثلة على ذلك أيضًا حكم بيع الأموال المستقبلة في ظل القانون المدني المصري فقد حرم القانون بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه ولكنه لم ينص على حكم بيع الشيء المستقبل وقد جرى القضاء على جواز بيع الأشياء المستقبلة عدا التركات المستقبلة بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة؛ لأن إفراد التعامل في تركة مستقبلة بالبطلان يفيد أن سائر الجزئيات الأخرى وهي بقية الأموال المستقبلة لا تشترك معها في الحكم.

أما علم أصول الفقه الإسلامي فقد عرفوه بأنه ثبوت نقيض حكم المنطوق به «وهي الحالة المنصوص على حكمها» للمسكوت عنه «وهي الحالة التي يراد معرفة حكمها لعدم ورود نص بشأنها» لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم والقيود المعتبرة في الحكم هي الشرط والصفة والغاية والعدد. فإذا علق الحكم على شرط ولم يتحقق الشرط في المسكوت عنه ثبت له نقيض حكم المنطوق به وكذلك الشأن لو انتفى الوصف الذي اقترن به حكم المنطوق به في الحالة المسكوت عن حكمها أو لم يتوافر فيها العدد الذي تقيد الحكم به إذا تقيد الحكم بغاية فيثبت حكم بعدها نقيض ما ثبت قبلها. وتعني الغاية النهاية أي نهاية سريان الحكم وتثبت بحرفي (إلى وحتى) ومن الأمثلة على قيد الغاية قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ فمنطوق النص يفيد أن المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة كبرى تكون محرمة على مطلقها إلا أنها تحل له عند تحقق الغاية وهي الزواج زواجًا صحيحًا من شخص آخر وانتهاء الزوجية الثانية بالطلاق أو بوفاة الزوج ولن نخوض في تفصيل موقف

---

(١) انظر أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون. السنهوري وأبو ستيت. ص ٢١٠.

علماء الأصول وضرب الأمثلة على القيود المشار إليها في هذا الكتاب المنهجي لأن محل تفصيل ذلك هو كتب علم أصول الفقه الإسلامي وينبغي على المفسر أن يكون حذرًا في اللجوء إلى هذه الطريقة لما تنطوي عليه من خطورة لأن الحلة المنصوص على حكمها قد تكون مجرد واقعة تعتبر مثلاً وليس من المصلحة أو المنطق أن يجيء المفسر بحكم مخالف لها في كل حالة مسكوت عن حكمها وقد تنبه علماء أصول الفقه الإسلامي إلى خطورة هذه الطريقة فقيدوا الأخذ بها[1] بشروط لا مجال لبيانها في هذا الكتاب المنهجي.

٤) تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها:

فإذ ساق المشرع عددًا من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة أو المسؤولية مثلاً وشرع المفسر في تفسير أحدها وجب عليه أن ينظر إليها جميعًا نظرة شاملة دون أن يكرس جهده عند نص واحد لأنه لو اقتصر في التفسير على نص واحد فإن من المحتمل أن تخالف بعض النصوص في الحكم البعض الآخر. ولذلك يجب على المفسر أن يجري مقارنة وتقريبًا بين اللفظ الغامض في النص وبين غيره من الألفاظ أو بين النصوص المتعارضة في أحكامها ذلك لأن قواعد التشريع لا تستقل عن بعضها وإنما ترتبط جميعًا برباط وثيق يضمها النظام القانوني. ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي: «يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير». وقد ورد لفظ الجد هنا مطلقًا منصرفًا إلى كل من أب الأب وأب الأم. ولكننا لو رجعنا إلى المادة (١٠٢) من القانون نفسه فإننا نجدها تقيد بلفظ الجد بكونه الجد الصحيح وهو أب الأب إذ نصت على ما يلي: «ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه. ثم جده الصحيح» ففي هذين النصين ورد إطلاق وقيد للفظ الجد ولذلك ينبغي على المفسر أن يقرب بين النصين وقد جرى القضاء العراقي قبل صدور قانون[2] رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الذي غير في أحكام الولاية في المادة (٢٧) على أن المقصود بالجد في المادة (٢١٨) هو الجد الصحيح وهو وحده دون أب الأم الذي يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير إن لم يكن للصغير أب حي من طريق تقريب النصوص من بعضها.

---

(١) انظر خلاصة هذه الشروط في دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام. د.مصطفى الزلمي ص١٦٦.
(٢) فقد نصت المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين على ما يلي «ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة».

نطاق التفسير أو مدى حرية المفسر في التفسير:

لايتمتع المفسر بنفس القدر من الحرية في تفسير مختلف النصوص وإنها تتقيد حريته بطبيعة القواعد القانونية التي يتولاها بالتفسير فقد يتمتع بحرية واسعة ويستعين بمختلف الوسائل للتوسع في القاعدة دون أن يتقيد باللفظ كالاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج بطريق المخالفة وقد يستنتج بعض المبادئ العامة بطريق الاستقراء كما فعل القضاء الفرنسي الذي أنشأ مبدأ الثراء بلا سبب عن هذا الطريق وقد يتوسع في مفهوم بعض التعابير القانونية فيمدها من معناها المادي إلى المعنى المعنوي كمصطلح «الشيء» وقد يرجع إلى المصلحة التي قصدها المشرع أو إلى حكمة التشريع وعلة الحكم ويطبق النص على كل حالة مشابهة ويسمى هذا المنهج في التفسير بالتفسير الواسع وقد يلتزم المفسر بلفظ النص دون التوسع في تفسيره عن طريق القياس والاستنتاج إذا ارتبطت القاعدة بالمصالح الأساس للمجتمع ومقتضيات النظام العام وهذا ما يسمى بالتفسير الضيق.

إن المشرع يعمد عادة إلى التفسير الواسع في نطاق القواعد القانونية التالية:

القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة والقواعد التي تضمن مبادئ عامة تقتضي المرونة في تفسيرها لتحقيق العدل والمصلحة كقاعدة عدم رجعية القانون وقاعدة حسن النية والقواعد التي لا تتناول الأوضاع القانونية بالتعريف الشامل الدقيق وإنما تكتفي بضرب الأمثلة كما يعمد المشرع عادة إلى التفسير الضيق في نطاق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والمصالح الأساس للمجتمع وهي القوانين الجنائية والقوانين المالية والقواعد الاستثنائية أي القواعد التي ترد على أحكام عامة وتضع استثناء أمن حكمها لأن الاستثناء يقدر بقدره ولا يجوز التوسع فيه.

الفرع الخامس

إلغاء التشريع

معنى الإلغاء والحكمة منه:

يقصد بالإلغاء إنهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة وحكمة الإلغاء هي انتفاء المصلحة من العمل بتشريع سابق بالنظر لأن التشريع يهدف إلى تحقيق المصالح فإذا ثبت أن المصالح لا تتحقق في ظل تشريع ما عمد المشرع إلى إلغائه ويسمى الإلغاء نسخًا.

ويلاحظ أن الإلغاء لا يقتصر على التشريع وحده وإنما يمتد إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون كالعرف وإن كانت أهميته العملية تبرز بالنسبة للتشريع.

السلطة المختصة بالإلغاء:

تطبيقًا لمبدأ تدرج التشريع ولمبدأ العمل المضاد فإن النص لا يلغى إلا بنص يماثله قوة أو يكون أقوى منه وإن كل عمل قانوني قائم ونافذ لا يلغى ولا يعدل إلا بعمل آخر يتعارض معه ويستوفي نفس الإجراءات التي اتبعت في إنشائه ولذلك فإن التشرع الفرعي يلغى بتشريع فرعي آخر وبقانون أو بدستور كما أن التشريع الرئيسي أو القانون يلغى بقانون آخر وبدستور أما الدستور فلا يعدل إلا بمقتضى الإجراءات التي نص عليها ولا يلغى إلا بدستور آخر ولا يجوز أن يقع العكس فلا يمكن لتشريع فرعي أن يلغي قانونًا.

أنواع الإلغاء:

يبدو الإلغاء على نوعين أولهما: الإلغاء الصريح، وثانيهما: الإلغاء الضمني وسنتكلم بإيجاز فيهما على التوالي:

الإلغاء الصريح:

ويعني إلغاء النص التشريعي بنص تشريعي آخر وهو ما يتحقق في الحالات الآتية:

١) أن يصدر تشريع يلغي تشريعًا سابقًا بنص صريح دون إحلال تشريع لاحق محل تشريع سابق.

٢) أن يصدر تشريع لاحق تتعارض أحكامه أو بعض أحكام نصوصه مع أحكام تشريع سابق وينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على إلغاء ما يتعارض مع أحكامه كليًّا أو جزئيًّا في تشريع أو تشريعات سابقة.

٣) أن يصدر تشريع يقضي بالنص الصريح على سريانه مدة محددة أو في ظروف معينة وانقضت تلك المدة أو انتهت تلك الظروف فإن العمل به ينتهي عندئذ كالتشريعات التي تصدر إبان الحروب كقانون إعلان حالة الطوارئ أو قانون التسعيرة الجبيرية في ظل ظروف اقتصادية تحتم إصدارها.

٤) إذا لم يستوف التشريع شرطًا تطلبه الدستور. كان يصدر تشريعات في ظل ظروف اقتضت صدورها وتطلب الدستور عرضها على المجلس التشريعي خلال مدة معينة من تاريخ أول اجتماع له لإقرارها لم تعرض هذه التشريعات على المجلس في المدة المحددة لعرضها.

الإلغاء الضمني:

ويقصد به إلغاء حكم تشريع سابق بتشريع لاحق دون أن ينص فيه على الإلغاء وذلك أمر يتحقق في الحالتين التاليتين.

١) أن تجيء أحكام التشريع اللاحق متعارضه مع أحكام التشريع السابق كليًا أو جزئيًا ولم يرد في التشريع اللاحق نص بالإلغاء.

وجدير بالذكر أن التعارض بين بعض أحكام تشريعين لا يفيد دائمًا إلغاء النص السابق بالنص اللاحق إلا إذا كان كلاهما من صفة واحدة كأن يكون كلاهما قد جاء بحكم عام أو يجيء كلاهما بحكم خاص. أما إذا اختلفت الصفة فينبغي أن يلاحظ أن النص اللاحق إذا كان عامًا والنص السابق إذا كان خاصًا فإن النص اللاحق لايلغي النص الخاص السابق وإنما يظل حكم هذا النص قائمًا بعد صدور النص اللاحق ويعتبر استثناءًا من حكمه. فإذا صدر قانون مدني جديد ينظم عقد الإيجار فإنه لا يلغي أحكام قانون مراقبه إيجار العقار بل يظل القانون الأخير ساري المفعول ويعتبر استثناء يرد على أحكام القانون المدني أما إذا أفاد القانون اللاحق حكمًا خاصًا يتعارض مع أحكام قانون سابق جاء بحكم عام فإن القانون اللاحق لا يلغي الأحكام العامة التي وردت في القانون السابق وإنما يقف إلى جواره ويعتبر استثناء منه يرد على الحالة التي تناولها بالذكر والتي تقتطع من الحالات التي يسري عليها مفعول القانون السابق. فقانون الخدمة الجامعية الصادر عام ١٩٧٨ المعدل جاء بحكم خاص تناول فئة من الجامعيين لم يلغ حكم قانون الخدمة المدنية الذي يسري أحكامه على جميع الموظفين وإنما يعتبر استثناء منه في التطبيق.

٢) أن يقوم التشرع اللاحق بإعادة تنظيم وضع قانوني تناوله تشريع سابق بالتنظيم ودون أن ينص على إلغاء التشريع القديم إذ يحل قواعد التشريع اللاحق محل جميع قواعد التشريع السابق وإن كانت بعض نصوصها لا تعارض في الأحكام تشريعه الجديد على أساس ومبادئ جديدة وأحله محل التشريع السابق جملة وتفصيلاً. فإذا صدر قانون ضمان اجتماعي جديد فإنه يحل محل قانون الضمان الاجتماعي السابق وإن لم ينص المشرع على إلغاء القانون السابق.

أثر العرف وعدم الاستعمال في إلغاء التشريع:[1]

بعد عرضنا لصورتي الإلغاء يثور التساؤل حول إمكان إلغاء التشريع بالعرف وعدم الاستعمال في ظل الأنظمة القانونية التي تعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون فهو يعتبر عدم استعمال التشريع فترة ما وعدم الاستعمال يبدو في صورة عرف سلبي سببًا لإلغاء التشريع.

يرى جمهور الفقهاء وجانب كبير من القضاء عدم جواز إلغاء التشريع بقاعدة عرفية سلبية مفادها عدم استعمال التشريع فترة ما وذلك للأسباب الآتية:

١) احترام التشريع والإقرار بتفوقه على سائر المصادر الرسمية الأخرى الاعتباره بالنص الصريح المصدر الرسمي الأول وما سواه يعتبر مصدرًا احتياطيًا فلا يجوز أن يلغى بمصدر آخر للقانون أقل منه منزله.

٢) إن عدم استعمال التشريع قد ينسب إلى إهمال مقصود يكون إهماله المقصود سببًا لإلغائه.

٣) قد ينسب عدم الاستعمال إلى جهل الناس بأحكامه والجهل بالتشريع لا يعتبر عذرًا.

٤) قد تدق معرفة مدة الإهمال فيتعذر الإلمام بالوقت الذي بدأ فيه عدم الاستعمال ولذلك يمكن القول بأن عدم الاستعمال لا يلغي نصًا تشريعًا وهذا ما قررته أغلب قوانين الدول المعاصرة مع ملاحظة أن العرف التجاري قد يلغي نصًا قانونيًا بسبب عدم الاستعمال إذا كان النص لا يتعلق بالنظام العام.

أثر الإلغاء:

يؤدي إلغاء التشريع إلى إنهاء العمل به منذ وقت نفاذ التشريع الجديد ولذلك فإن الوقائع القانونية التي نشأت في ظل قانون سابق تظل خاضعة لأحكام القانون القديم إلا في الحالات التي سبق ذكرها في بحثنا في سريان القانون من حيث الزمان وبذلك تختلف أثر الإلغاء أو النسخ عن أثر الإبطال كإبطال قانون لعدم دستوريته ذلك لأن الحكم بإبطال قانون ما يجعله عندما لا يرتب أثرًا ويقتضي عدم العمل به وعدم سريان أحكامه على الوقائع والتصرفات التي لم يبت فيها في ظل القانون السابق.

---

(١) انظر سليمان مرقص المرجع السابق: ص١٤٨.

الفرع السادس
التقنين

تعريف التقنين واختلافه عن التشريع الاعتيادي:

لايعدو التقنين أن يكون تشريعًا يتصف بمزاياه فهو من صنع سلطة عامة في الدولة تنشئ فيه قواعد قانون لفظًا ومعنى. وهو يسري على جميع أرجائها فيوثق الروابط بين أفرادها. ولكنه يختلف عن التشريع الاعتيادي من حيث شموله وغرضه ذلك لأن التشريع الاعتيادي يصدر لتناول مسألة معينة بذاتها كقانون الإصلاح الزراعي وقانون جامعة بغداد مثلاً أما التقنين فتجميع للقواعد التشريعية المختصة بفرع من فروع القانون يضم جميع المسائل المتعلقة به كالتقنين المدني والتقنين التجاري. وإذا كان التشريع الاعتيادي يعني قيام الدولة بسن قواعد قانونية ملزمة فإن التقنين يهدف إلى أصلاح الحياة القانونية في الدولة وتوحيدها عن طريق معاوده النظر في مجموع القواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون وإصدارها في وثيقه رسميه جامعة بعد تصفيتها وتعديلها واستكمال نقائصها وتنسيقها.

والتقنين كالتشريع يفيد معنيين فقد يقصد به الوثيقة الرسمية التي تصدرها السلطة التشريعية وجامعة للقواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون بعد تهذيبها وتنسيقها. وقد يراد به عملية تجميع هذه القواعد تجميعًا علميًّا منطقيًّا وإصدارها من قبل السلطة التشريعية في وثيقة رسمية شاملة مبوبة فيقال: أصدرت الدولة تقنينًا ويقال قامت الدولة بتقنين قوانينها ولمنع الخلط بين المعنين يحسن إطلاق لفظ التقنين أو المدونة إذا أريد المعنى الأول وإطلاق لفظ عملية التقنين إذا أريد المعنى الثاني.

وعندي أن لفظ المدونة وهو ما أطلقه المجمع اللغوي في القاهرة على التقنين يحسن أن يطلق على الوثيقة الرسمية الجامعة للقواعد القانونية ليظل لفظ التقنين قاصرًا على الدلالة على تجميع هذه القاعدة. أي على عملية التقنين في حد ذاتها.

وغني عن الذكر أن التقنين في معنييه المشار إليهما عمل رسمي من أعمال الدولة يصدر عن السلطة التشريعية فيها. أما ما يقوم به الأفراد أو الهيئات من تجميع غير رسمي للقواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون أو ببعضها فلا يسمى تقنينًا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق

وإن أطلق البعض عليه مصطلح المجموعة أو التقنين غير الرسمي كالمجموعات الثلاث التي اصدرها قدري باشا تجميعًا لأحكام الشريعية الإسلامية وهـي كتـاب الأحـوال الشخـصية وكتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنـسان الـذي اختص بقواعـد المعـاملات الماليـة. وقانون العدل والإنصاف الذي كان تجميعًا لقواعد الوقـف ذلـك لأن هـذا التجميـع يعتـبر عملا فقهيًّا صرفًا لا يصدق عليه وصف التقنين ولا يرقى إلى مرتبة التشريع الجامع.

ويلاحظ أن التقنين لا يمكن أن يجمع بين كل القواعد القانونية المتعلقة بفـرع مـن فـروع القانون إذ ليس في وسع المشرع ذلك مهما بذل من جهـد وإنـما هـو يـضم أكثرهـا وتقـوم إلى جانبه عادة قواعد أخرى لا يحتضنها التقنين.

أهمية التقنين ومزاياه:

تعاظمت أهمية التقنين في وقتنا الحاضر. فهو فضلاً عما يتمتع به من مزايا التشريع الـسالف تفصيلها ينطوي على مزايا جليلة أخرى نوجز ذكرها فيما يلي:

١) أن تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع مـن فـروع القـانون في مدونـة واحـدة يـؤدي إلى سهولة التعرف على القواعد القانونيـة ويـوفر عـلى الباحـث كثـيرًا مـن المجهـود في تقـصي هـذه القواعد.

٢) أن تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يضفي دقة الصياغة على ما تضمنه ويزيل الغموض عما تضمنته من القواعد المستمدة من مصادر غير التشريع ويضع ما اشتملت عليـه من نصوص في مواضعه من حيث طبيعته القانونية ووفق ترتيب علمي منطقي.

٣) أن تقنين القواعد القانونية يؤدي إلى تفادي التعارض في الأحكـام وهـو تعـارض قـد يكون ملحوظًا فيما بين القواعد القانونية المختلفة المتناثرة بين تشريعات متعددة قبل تقنينها.

٤) أن تقنين قواعـد القـانون يـؤدي في الغالـب إلى تحقيـق الوحـدة القانونيـة في الدولـة والوحدة القانونية من أفضل الوسائل لتحقيق الوحدة السياسية فيها.

٥) إن تقنـين القواعـد القانونيـة فرصـة ينتهزهـا المشرع لاقتبـاس الأحكـام واسـتمداد النظريات والمبادئ من القوانين الأجنبية الصالحة ابتغاء أصـلاح الحيـاة القانونيـة في مجتمعـه ومسايرة روح العصر ومقتضياته.

عيوب التقنين ونقده بسببها والرد على النقد:

وجهت إلى التقنين جملة من الانتقادات بسبب الزعم أن ثمة عيوبًا تشوبه أبرزها ما يأتي:

١) قيل إن القانون حدث اجتماعي ينشأ بنشوء المجتمع ويتطور بتطور حاجاته وظروفه فهو وليد الحياة الاجتماعية وخلق البيئة وثمرة التطور. وإن صوغه في نصوص تشريعية تتخذ صورة التقنين يطبع نصوصه بطابع الثبات ويسبغ على أحكامه صفة الجمود ويحول دون مجاراته لخلجات المجتمع وظروفه المتطورة.

٢) وقيل إن تقنين القانون لا يؤدي إلى جمود القانون في نصوصه فحسب وإنما يقضي إلى جمود تفسيره كذلك ذلك لأن حلوله محل القانون القديم في تنظيم العلاقات الاجتماعية واختياره أصلح القواعد لتنظيم هذه العلاقات وما يولده من اعتقاد بأنه المصدر الوحيد لجميع قواعد القانون يسوق الشراح إلى البحث عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع التقنين والتقيد بالتفسير اللفظي الدقيق لكل نص ويدفع الشراح عند افتقاد النص لحكم مسألة ما إلى التحري عما كان يقصده المشرع وقت وضع التقنين.

٣) وقيل كذلك أن التقنين لا يضم في ثناياه تعريفات لمعظم الأفكار القانونية الهامة التي يتناولها بالذكر كالغش ومبدأ حسن النية ولا يتناول أغلب الأوضاع القانوني التي يفصل أحكامها بالتقسيم والتصنيف الشامل الدقيق كالعقود مثلاً. وقد يقضي بموقفه هذا إلى غموض الفكرة وانقسام الرأي بصدد تحديدها وإلى تعدد الاتجاهات في التقسيم وتعذر حصرها.

لقد تولى أنصار التقنين الرد على هذه الانتقادات أمام الانتقاد الأخير فليس بذي شأن إذ يعد سكوت المشرع عن التعريف أحيانًا وعن التقسيم والتصنيف سلوك سليم يحمد عليه ذلك لأن تعريف الفكرة أو المبدأ قد يسبغ عليها الجمود الذي يجعل من المتعذر التوسع في تطبيقها توسعًا يقتضيه تطور ظروف المجتمع أما التقسيم والتصنيف فأمر يحسن بالمشرع إغفاله لصعوبة الإحاطة به ولتعلق مداه بالحياة العملية والحق أن التعريف والتقسيم مهمتان يحسن تركهما إلى الفقه ليتولى تحديدهما في ضوء حاجات المجتمع وأوضاعه.

أما الانتقادان الآخران فقد رد عليهما بما يلي:

١) أن ثبات التقنين لا يمتد إلا إلى فترة قصيرة تعقب صدوره. حيث تبدو أحكامه وافية بالحاجة لضخامة الجهود العلمية التي بذلت في انتقاء الأصلح من القاعد القانونية لتدرج في ثناياه غير أن هذه المهابة لا تلبث أن تنتزع منه بصورة تدريجية تبعًا لتطور المجتمع واختلاف حاجاته وقيمه فيهب القضاء لسد النقائص عن طريق التفسير. حتى إذا مضت فترة كثرت فيها النقائص وزاد التحوير والإضافة بادر المشرع إلى التدخل عن طريق مراجعة التقنين وتعديله

وقد يبدو التعديل في صورة تقنين جديد لبعض نصوصه مع إبقائها في موضعها منه. وقد يبدو في صورة تشريعات تصدر خارج نطاق التقنين حتى إذا تزايدات حالات تحوير التقنين عمد المشرع إلى مراجعة التقنيين بأكمله أخذًا بعين الاعتبار جميع ما جرى عليه من تحوير وما أضيف إليه من أحكام مستكملاً قصوره بما يستمده من أحكام ونظريات أجنبية ليصدر تقنينًا جديدًا عند الاقتضاء.

٢) إن التقنين غالبًا ما يبتعد عن سوق التفصيلات والجزئيات مقتصرًا في نصوصه على المبادئ العامة والقواعد الكلية تاركًا أمر تفصيلها إلى القضاء. ويتولى القضاء ما ترك له المشرع من حرية في التفسير استنباط الأحكام الجزئية وتكييف النصوص وفقًا لمقتضيات الحياة العلمية وعليه فإن التقنين لا يمكن أن يوصف عندئذٍ بأنه يفضي إلى جمود القانون.

٣) إن نصوص التقنين غالبًا ما تكون مرنة في صياغتها بل ينبغي أن يكون التقنين مرنًا في صياغته كي يكتب له الحياة المديدة، والصياغة المرنة لاتسبغ على القانونية صفة ثابتة ولا تعطيها حلاً واحدًا لا يتغير بتغاير الظروف الخاصة بكل حالة فردية تخضع لحكمها وإنما تيسر لها الاستجابة لمختلف ظروف العمل بها بالتعبير عن أحكامها تعبيرًا لا يسلب من مطبقها سلطة التقدير.

تأريخ حركة التقنين ومدى انتشارها:

عرف العراق القديم تجميعات لقواعد القانون أبرزها خمس شرائع هي شريعة أوركاجينا أحد ملوك سلالة لكش الموضوعة عام ٢٣٥٥ق. م وشريعة أورنموا مؤسس سلالة أور الثالثة التي وضعت عام ٢١٠٠ ق. م وشريعة لبت عشتار أحد ملوك سلالة أيسن التي سنها عام ١٩٣٤ ق. م وقانون أيشنونا الموضوعة في مطلع القرن التاسع عشر قبل الميلاد وشريعة حمورابي التي سنها سنة ١٦٩٤ قبل الميلاد وهي أشهر الشرائع العراقية القديمة كما عمد الرومان إلى وضع الألواح الإثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ومع ذلك فإن شرائع العراق القديم والالواح الاثنى عشر تعتبر تجميعات لقوعد القانون التي تسود مختلف حقول الحياة دون إمكان اعتبارها تقنينات بالمعنى الدقيق.

ويعتبر التقنين المدني الروماني المعروف باسم تقنين جستنيان الذي وضعه هذا الإمبراطور الروماني في منتصف القرن السادس بعد الميلاد أقدم تقنين بالمفهوم الدقيق للتقنين ثم غابت حركة التقنين عن مسرح الحياة القانونية حتى عادت إلى الظهور ثانية في مطلع القرن التاسع عشر

بصدور تقنيات نابليون وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤.

إن بزوغ حركة التقنين في فرنسا يعزى إلى سببين. أولهما: سيادة مذهب القانون الطبيعي في حقل الفكر القانوني. وثانيهما: قيام المدرسة العقلية التي تأسست على فكرة القانون الطبيعي فقد ترتب على سيادة مذهب القانون الطبيعي القائل بوجود قواعدة عامة خالدة لا تتأثر بعاملي الزمان والمكان تكون مثلاً أعلى للقوانين الوضعية وينبغي على البشر الكشف عنها بعقولهم لصوغ أحكامها فيما يضعونه من قواعد قانونية ظهور الدعوة إلى تقنين القواعد الوضعية بتسجيلها في مدونة تحقيقًا لاستقرار الحياة القانونية وتوطيدًا للنظام في المجتمع وأدى إلى أنكار التخوف من جمود القانون عندئذ لأنه بطبيعته ثابت وأبدي كما نتج عن رسوخ قدم المدرسة العقلية وقتئذ بشجيع حركة التقنين لأنها نادت بأن المشرع وإن كان هو من يسن التشريع إلا أنه لا يخلق القانون خلقًا وإنما يعمل عقله في تدبير أمور الكون ليكشف عن القواعد العامة الخالدة التي أودعتها الطبيعية فيه.

وتعدت حركة التقنين فرنسا إلى الدول الأوربية وكادت تفلح في ألمانيا لولا أن قاومها الفقيه تبيو أولا والفيلسوف سافيني ثانيًا مؤسس مدرسة التطور التاريخي اللذان قاوما حركة التقنين وأنكرا فكرة القانون الطبيعي فتأخر صدور التقنين المدني الألماني حتى أواخر القرن التاسع عشر. ولكن حركة التقنين نجحت وانتشرت في أكثر الدول الأوربية على نحو قلما نجد دولة معاصرة بإستثناء المجتمع الإنكلوسكسوني لم تعمد إلى تقنين أكثر قوانينها.

ثم سرت حركة التقنين إلى العالم العربي فأقدمت مصر في أواخر القرن التاسع عشر على إصدار تقنينين مدنيين هما القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط اللذين ظلا نافذين حتى عام ١٩٤٩ حين لغيا بصدور التقنين المصري القائم.

وتأثرت الدول العربية الأخرى عدا الدول التي لاتزال تعتبر الشريعة الإسلامية قانونها كالمملكة العربية السعودية بما فعلته مصر فعمدت إلى تقنين أكثر قوانينها ومنها العراق.

التقنين في العراق:

ورث العراق بعد تأسيس الدولة سنة ١٩٢١ جميع التقنينات العثمانية بحكم الواقع وبمقتضى معاهدة لوزان المعقودة سنة ١٩٢٣ وبموجب نص المادة (١١٣) من القانون الأساسي العراقي كما أن القوانين التي أصدرها القائد العام للقوات البريطانية ظلت سارية المفعول طبقًا لحكم المادة (١١٤) من القانون الأساسي.

وقد أظهر العمل بالتقنينات العثمانية الموروثة كالمجلة وقانون التجارة البرية وقانون التجارة البحرية وقانون الشركات المساهمة وقانون تنظيم أحكام الأراضي وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وغيرها. وبالقوانين التي أصدرها قائد القوات المحتلة قبل تأسيس الدولة كقانون العقوبات البغدادي وقانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون الشركات كثيرًا من عيوب هذه القوانين. كما أن تطور المجتمع كشف عن قصورها في مجاراة متطلباته ولذلك اتجه التفكير إلى مراجعة بعضها مراجعة شاملة كما استقر الرأي على إلغاء البعض الآخر منها وإحلال تقنينات جديدة محلها تغايرها في أسسها ومصادرها. فبذلت جهود متصلة في هذا الشأن اسفرت عن صدور قوانين جديدة تؤكد ظهور ورواج حركة التقنين في العراق. نذكر فيما يلي أهمها.

١) قانون التجارة رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ الذي يم بصدوره إلغاء قانون التجارة البرية العثماني عدا ما يتعلق منه بأحكام الإفلاس وقد ألغي هذا القانون بصدور قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ ثم ألغي هذا القانون ليحل محله قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٢)القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي نشر في الجريدة الرسمية في العدد (٢٠١٥) الصادر ١٨ أيلول لسنة ١٩٥١ والذي اعتبر نافذًا بعد سنتين من تاريخ نشره وبصدوره تم إلغاء مجلة الأحكام العدلية وبالنظر لما يكتنف هذا التقنين من عيوب فقد أعد مشروع تقنين مدني جديد سيأخذ طريقه إلى النفاذ قريبًا.

٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام ١٩٥٦ والذي ألغى بصدوره قانون أصول المحكمات الحقوقية العثمانية لسنة ١٨٨٠ وقد ألغي هذا التقنين بتقنين آخر أكثر منه إحاطة ودقة هو قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٤) قانون العقوبات (١١١) الصادر في ١٩ تموز سنة ١٩٦٩ والذي تم بإصداره إلغاء قانون العقوبات رقم العقوبات البغدادي وبالنظر إلى ما لوحظ وعلى هذا التقنين من قصور فقد أعد مشروع تقنين عقابي جديد ننتظر صدوره قريبًا.

٥) قانون أصول المحكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقد تم بنفاذه إلغاء قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي وقد جاء هذا القانون بأحكام ومبادئ جديدة تفادى بها قصور القانون السابق.

٦) قانون العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨ الذي عدل بعد ثورة الرابع عشر من تموز بقوانين متلاحقة اختتمت بصدور قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ الذي اعتبر نافذًا في أول كانون الثاني عام ١٩٧١.

المبحث الثاني

العرف

إذا كان التشريع يعد المصدر الرسمي العام للقانون فإنه لا يحيط تنظيمًا بدقائق الحياة القانونية ولا يمدنا بجميع الحلول. وتقف إلى جانبه مصادر رسمية أخرى تعتبر مصادر احتياطية في مقدمتها العرف والدين مع ملاحظة أن الدين قد يعتبر مصدرًا رسميًا أصليًا لبعض الروابط القانونية وسنبدأ كلامنا في المصادر الاحتياطية بالعرف؛ لأنه وفق الترتيب الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانوننا المدني يعتبر المصدر الرسمي الذي يلي التشريع من حيث الأهمية.

التعريف بالعرف

معنى العرف:

إذا كان التشريع يعني الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قواعد السلوك إلى حيز القانون الوضعي في صورة قواعد مكتوبة ملزمة تصوغها سلطة مختصة في الدولة.

فإن العرف كمصدر رسمي للقانون هو طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعد غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها.

غير أن مصطلح العرف كالتشريع والتقنين يفيد معنين أولهما: المصدر الرسمي للقاعدة القانونية. وثانيهما: القاعدة القانونية في حد ذاتها فهو بمعناه الأول يعرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها وهو بمعناه الثاني يعرف بأنه: القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة.

وتنشأ القعدة العرفية بدافع الحاجة إلى تنظيم علاقة اجتماعية فإذا اصطلح طرفا هذه العلاقة على حل لتنظيمها أو احتكما إلى شخص للفصل في نزاعهما وقضى بحل له أقبل الناس على اتباع هذا الحل لتنظيم تلك الناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بدافع من حب التقليد متى شعروا بصلاحه وإذا اطرد التقليد على اتباعه نشأت عن أطراد التقليد عادة يستقر الناس على تصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى زمن على شيوع هذه العادة وثباتها تولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها إلى دائرة العرف. ومتى ساد الاعتقاد بأنها ملزمة

ولم تخالف نصًا تشريعيًا أمرًا ولم تخرق مقتضيات النظام العام وقواعد الآداب العامة دخلت في زمرة قواعد القانون عندئذ في صورة قاعدة عرفية وتقيدت المحاكم بتطبيقها.

أركان العرف:

يبدو مما تقدم أن قاعدة العرف تقوم على ركنين أولهما: ركن مادي هو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما وثانيهما: ركن معنوي هو توافر عنصر الإلزام في تلك العادة.

أما الركن المادي وهو نشوء عادة قانونية فيتطلب توافره الشروط الآتية:

١) تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.

٢) عموم العادة: أي أنه ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وإنما تتوجه إليه بصفاتهم وإن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصرت في التطبيق على جزء من إقليم الدولة.

٣) قِدَم العادة: ويعني مضي زمن على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس واطمئنان الناس إلى الحل الذي تضعه. وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن وإن كان الرأي الغالب يشترط أن تبلغ من القدم مدى ينس الناس بمضيه تاريخ نشوئها. ومع ذلك فإن تحديد الزمن الذي يقتضيه قدمها أمر يخضع لتقدير القاضي ويتأثر القاضي في تقديره بطبيعة المعاملات التي تنشأ فيها العادة وتفاوت موضوعها ومدى تكرر العمل بها.

٤) اطراد العادة: في تطبيقها وثباتها ويقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة أي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لها عندئذ معنى الاستقرار ويقصد بالثبات اتباعها بصورة مستمرة أي بصورة غير متقطعة بحيث يتأكد وجودها فينتفي وجودها إذا اتبعت فترة وعدل عنها بعدئذ.

٥) معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها: ذلك لأن العادة تنشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها والسير بمقتضاها فترة من الزمن بصورة مطرودة ثابتة فحسب كما لا يكفي لاستقرارها ولتوافر صفة الاطراد والثبات لها اتباعها من قبل عدد محدد من الناس

وإنما ينبغي أن يجري العمل بمقتضاها من قبل أغلب المخاطبين بها. وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع وجودها بين الناس وأحاطوا علمًا بمضمونها واندفعوا إلى اتباعها عن بينه واختيار.

٦) عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الأمرة لأن هذه القوعد الآمره تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن المشرع قد يرى في بعض الحالات وفي دائرة بعض فروع القانون التجاري أن القاعدة العرفية محلية كانت أم مهنية قد تبدوا أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.

٧) عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع: وهو شرط يصح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني. أما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على إقليم الدولة برمته فلا يتصور أن تخالف قواعد النظام العام الآداب العامة لأنها تسهم عندئذ في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة.

أما الركن المعنوي في العرف:

فهو توافر عنصر الإزام في العادة وهو ما اصطلح الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة ذلك لأن العادة لا تصبح عرفًا إلا إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشعروا بها لها من قوة تقتضيهم اتباعها فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف وإن نشأت العادة بتوافره وإنما ينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجوب اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتا وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العر ف باعتباره قانونًا ملزمًا بل يظل عادة يملك الأفراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني.

مزايا العرف وعيوبه:

يتمتع العرف بجملة من المزايا وتكنفه بعض العيوب والواقع أن مزاباه تقابل عيوب التشريع كما أن عيوبه تقابل ما فصلناه من مزايا للتشريع وأبرز مزايا العرف ما يأتي:

١) أنه يعد تعبيرًا صادقًا عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.

٢) أنه يتابع المجتمع في تطويره ويبدوا أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.

٣) أنه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدرًا للقانون مكملا له ويعاونه في التنظيم فيحكم ما أحال التشريع إليه حكمه.

أما عيوب العرف التي أدت إلى تدني منزلته وتفوق التشريع عليه فأهمها ما يأتي:

١) أنه يعجز عن تحقيق تغير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطء تكوينه.

٢) أنه يؤدي إلى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه؛ ذلك لأن العرف غالبًا ما يكون محليًا أو مهنيًا ويندر أن يعم الدولة بأسرها.

٣) أنه لا يضمن ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع من نظام وطيد وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبيت من وجودها والتحقق من مضمونها ذلك لأن قواعد العرف فضلاً عن بطء تكوينها تقتصر على إنشاء مضمون القاعدة القانونية فقط وتفتقد الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل.

أنواع قواعد العرف:

يبدو العرف على ثلاثة أنواع من حيث نطاق تطبيقه كما يظهر في صورتين من حيث قوته الملزمة.

أما من حيث نطاق تطبيقه فقد يكون العرف شاملاً أو محليًا أو مهنيًا والعرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملكًا للزوجة بين المسلمين في مصر والقاعدة العرفية التي تقضي بحق الزوجة في أن تسمى بلقب زوجها في بعض الدول الأجنبية.

وأما العرف المحلي فهو ما يسود إقليما من أقاليم الدولة أو مدينة من مدنها أو منطقة في مدينة كبيرة منها. ومن الأمثلة عليه القواعد العرفية العشائرية في العراق والقواعد التي تحكم حقوق الارتفاق في الملكية الزراعية والقاعدة التي تقضي بدفع بقشيش بنسبة معينة من الحساب للخدمة في الفنادق والمحلات العامة أما العرف المهني فهو ما يقوم في حرفه أو مهنه معينة بالأعراف التي تنشأ في أوساط العمل والأعراف التجارية والزراعية ومن الأمثلة على العرف التجاري العرف القاضي بجواز تقاضي الفوائد المركبة واحتساب الفوائد من تاريخ الخصم والإضافة في الحساب الجاري وجواز تعدي الفائدة للسعر القانوني الذي حدده لمشرع

ويلاحظ أن العرف الشامل إذا تعارض في الحكم مع عـرف محلي كانـت الغلبـة في التطبيـق للعرف المحلي لأنه أكثر تخصصًا.

أما من حيث القوة الملزمة. فقواعد العرف كقواعد التشريع منها ما يكـن أمـرًا ومنهـا مـا يكون مكملا أو مفسرًا وقواعـد العـرف الآمـرة هـي القواعـد التـي لا يجـوز الاتفـاق عـلى استبعادها سواء كان العرف شـاملاً أو محليًـا أو مهنيًـا وينبغـي تطبيقهـا عنـد افتقـاد الـنص التشريعي. إلا إذا نص المشرع على أفضليتها في التطبيق على التشريع بالرغم من وجوده ومـن الأمثلة عل قواعد العرف الآمرة بعض الأعراف التجارية وحق الزوجة في فرنـسا بالتـسمية باسم زوجها أما القوعد العرفية المكملة أو المفسرة فقواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفهـا مـن الأمثلة عليها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الإعلان عن شرائه وعدم الثمن قبـل انقـضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض.

التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

يقع الخلط كثيرًا بين العرف وبين العادة وقد ساعد على وقـوع هـذا الخلـط عـدم التمييـز بينهما من قبل الفقه الإسلامي وذكرهما كمترادفين في كثير من النصوص التشريعية مـن قبـل المشرع الوضعي كالمشرع العراقي والمصري. ومع ذلك فإن الفقه العربي المعـاصر يجمـع عـلى وجوب التمييز بينهما. ويتخذ من عنصر الإلزام معيارًا لهذا التمييز فالعرف يقـوم عـلى عـادة أكسبته الوجود المادي. وعلى اعتقاد بقوته الملزمة أضفى وجودًا معنويًـا يتأصـل في النفـوس فتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي معًا واضحى قاعدة قانونية ملزمة أما العادة فيتـوافر فيهـا الركن المادي فقط ولكنها تفقد الركن المعنوي وإذا كانت تطرد في العمل فإن الناس يتبعونهـا بمحض اختيارهم دون أن يتعرضوا للجزاء عند مخلفتها وقد أخذ كـل مـن المـشرع العراقـي والمصري بهذا المعيار للتفرقة بينهما فذكر العرف دون العـادة كمـصدر رسـمي للقـانون وإذا كانت العادة تخلو من عنصر الإلزام ولا تعتبر في ذاتها قانونًا إلا أنها قد تكتسب القوة الملزمـة متى اتفق العاقدان على اتباعها سواء كان الاتفاق صريحًا أو ضـمنيًّا يـستخلص مـن ظـروف التعاقد والتعامل السابق وهي عندئذ تـستمد قوتهـا الملزمـة لا مـن ذاتهـا ولكـن مـن اتفـاق الطرفين على الالتزام بها وقيمتها عندئذ لا تتعدى قيمة الاتفاقات العادية لأنها تعتبر جزء من العقد الذي تم بين الطرفين ولذلك جرى الاصطلاح على تسميتها بإعادة الاتفاقية.

إذا كان الأصل أن العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتفاق الطرفين على اتباعها إلا أنها قـد

تستمد قوتها الملزمة من إحالة المشرع إليها بنص تشريعي وعندئذ تصبح واجبه الاتباع فترقى مرتبة العرف المكمل وتكون لها قوة قواعد القانون المكملة والمفسرة للإرادة وتترتب على ثبوت الصفة القانونية لقاعد العرف وانتفائها من العادات الاتفاقية النتائج الآتية في ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء المعاصران.

١) يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه عل ما يعرض عليه من نزاع وإن لم يتمسك به أحد الطرفين باعتبار العرف قانونًا يجب على القاضي تطبيقه أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطًا في العقد أو تمثل إرادة مفروضة للطرفين ولذلك ينبغي على صاحب المصلحة من الخصوم في الدعوى التمسك بها حتى يقوم القاضي.

٢) يلزم العرف المتعاقدين بإحكامه سواء كانوا على علم بها أو كانوا يجهلونها. أما العادة الاتفاقية فإن تطبيقها يقم على أساس انصراف إرادة الطرفين إلى الأخذ بها فإذا جهل الطرفان أحكامها أو جهلها أحدهما امتنع تطبيقها.

٣) يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف بنفسه فإن لم يتقنع عند التحري بوجوده قضى بعدم ثبوته لديه. أما العادة الاتفاقية فتفرض على من يدعيها واجب عبء إثباتها.

٤) يخضع تطبيق العرف من حيث التثبيت من توافر عنصرية وسلامة تطبيقه لرقابة محكمة التمييز أما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز على قضاء قاضي الموضوع بشأن وجودها وتطبيقها.

٥) قد يبلغ العرف التجاري درجة من القوة يستطيع بها أن يغلب على نص مخالف له وقد ينص المشرع على تغليب حكم العرف على حكم النص التشريعي في حالات معينة عند تعارضهما أما العادة الاتفاقية فلا تعد قاعدة قانونية وإن كانت عادة تجارية ولا تستطيع بطبيعة الحال أن تلغي قانونًا أو تفصل نصًا تشريعيًا في التطبيق.

منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية:

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون فهو يمارس دورًا هامًا في بعضها وينعدم أثره في بعضها الآخر ويلعب دورًا يتفاوت بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع قانونية أخرى.

فهو يمارس دورًا هامًا في دائرة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون التجاري فالأعراف الدولية تعتبر مصدرًا هامًا لقواعد القانون الدولي العام والعرف الدستوري يعتبر المصدر الفرد للدستور العرفي كما يعتبر في كثير من الدول مصدرًا مكملاً

لقواعد الدستور المكتوب وتعبر الأعراف التجارية مصدرًا هامًا لقواعد القانون التجاري وقد يغلب بعض المشرعين العرف التجاري على نص آمر.

ولا أثر للعرف في بعض فروع القانون كالقانون المالي والقانون الجنائي وقوانين الإجراءات كأصول المحاكمات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية لأن التشريع هو المصدر الوحيد لكل من القانون المالي والجنائي ولأن النصوص التشريعية هي المصدر الفرد لقواعد الإجراءات جنائية أو مدنية أو تجارية.

ويمارس العرف دورا تتفاوت أهميته بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون العمل ذلك لأن العرف قد يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون المدني كما هو شأنه في القوانين المدنية العربية المعاصرة وفي كثير من القوانين المدنية الغربية ويأخذ القضاء الإداري وهو مصدر هام من مصادر القانون الإداري العرف بعين الاعتبار في كثير من الحالات وللعرف أثر في دائرة قوانين العمل ولكن أثره يتفاوت بتفاوت مدى استيعاب النصوص التشريعية للحلول القانونية.

وإذا أعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون فإنه يمارس في ظل القانون المدني العراقي القائم دورين: أولهما دور المكمل للتشريع ويعني وجوب رجوع القاضي إليه والحكم بمقتضاه عند افتقاد النص ووجود عرف اكتمل فيه ركناه المادي والمعنوي وكثيرًا ما يرجع القضاء إليه لسد نقائص التشريع وثانيهما دور المساعد للتشريع فقد تحيل النصوص إليه تنظيم مسائل معينه أو يلجأ إليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديرًا من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده.

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

دور الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في المجتمع الإسلامي عبر التاريخ:

ظلت الشريعة الإسلامية القانون المعمول به في البلاد الإسلامية كافة منذ فجر الإسلام حتى الربع الثالث من القرن التاسع عشر فكانت تفي بحكم جميع العلاقات القانونية لأنها نظام قانوني كامل جمع بين مبادئ الدين والأخلاق واسس النظام والقانون وضم إلى جانب التشريع الإلهي من كتاب كريم وسنة شريفه ما استنبطه المجتهدون من أحكام من نصوص الشريعة وروحها مما شهدت له بالحجة فأضحى تشريعًا إلهيا من حيث مصدره وتشريعًا وضعيًّا من حيث ما بذل من جهد في استنباطه من أصوله.

ثم بدأت فترة تميزت بانكماش نفوذ الشريعة الإسلامية في حقل القانون بدأها الاحتلال الفرنسي لأجزاء من المجتمع الإسلامي في شمال أفريقيًّا وأعقبها أقدام محمد علي باشا في مصر على اقتباس كثير من أحكام القانون الفرنسي لا سيما ما يتعلق منها بالتجارة والعقوبات وأصدرها في تشريعات خاصة وتلاها لجوء الدولة العثمانية إلى سن طائفة من القوانين الوضعية استمدت أحكامها من قوانين الغرب وفي مقدمتها القانون الفرنسي بتأثير من دوافع شتى منها ضعفها وضغط الدول الأجنبية عليها ومنها كثره الجاليات الأجنبية فيها ومنها تقديرها بأن الشريعة الإسلامية لم تعد وفيه بالأحكام في المجتمع المعاصر. فوضعت قانون التجارة وقانون الجزاء وقانون تنظيم أحكام الأراضي وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وغيرها.

ومع ذلك فقد بقيت الشريعة القانون المعمول به في حقل العلاقات المدنية روابط أسره كانت أو معاملات مالية والمصدر الرسمي الفرد لقواعدها غير أن نفوذ الشريعة ما لبث أن زاد انكماشًا وأخذ دورها يتقلص في دائرة القانون المدني فأقدمت الدولة العثمانية بدافع من حرصها على الحفاظ على مقام الشريعة في نطاق القانون المدني وعلى تجنب ما قد تتعرض له من ضغط أجنبي قد يؤدي إلى إرغمها على سن قانون تقتبس أحكامه من قوانين الغرب على سن قانون وضعي يحكم المعاملات المالية استمدت أحكامه من الفقه الإسلامي وحده بصورة عامة ومن الفقه الحنفي بصورة خاصة فوضعت مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٧٦ م (١٢٩٣هـ) لتكون القانون المدني الذي ينظم هذه المعاملات تاركة مسائل الأحوال

الشخصية لتحكمها الشريعة الإسلامية مباشرة كما كانت من قبل. وبـذلك أضـحت المجلـة القانون المدني المعمول به في أرجاء الدولة العثمانية عدا مصر التي سنت تقنينين في أواخر القرن التاسع عشر هما القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط واقتبست كثير من أحكامهما من القانون المدني الفرنسي ونسخت ما يقبلها من أحكام الشريعة الإسلامية ولكن الشريعة الإسلامية بقيت المصدر الرسمي الفرد للأحوال الشخصية غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا إذ عمدت كثير من الدول الإسلامية إلى سن قوانين وضعية للأحوال الشخصية أو إلى سن طائفة من التشريعات تحكم بعض مسائلها كقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة ١٩٥٣ وقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل الصادر سنة ١٩٥٩ وكبعض التشريعات التي صدرت في مصر لتحكم كثيرًا من مسائل الأحوال الشخصية.

وبذلك ازداد دور الشريعة الإسلامية تقلصًا إذ أضحت المصدر التاريخي للقانون المدني كما أضحت المصدر التاريخي في كثير من البلاد الإسلامية للأحوال الشخصية وإن ظلت المصدر الرسمي لمسائل الأحوال الشخصية التي فات التشريع حكمها ولكنها بقيت مصدرا رسمي للقانون المدني روابط اسرية أو معاملات مالية في بعض الدول الإسلامية كالمملكة العربية السعودية التي لم تصدر بعد تقنينات في هذا المجال.

دور الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي في الوقت الحاضر:

يقتصر أثر الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون هما الأحوال الشخصية والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

ويقصد بالأحوال الشخصية مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانه والرضاعة والنسب والطلاق والتفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية تنظم نشاطها كقواعد الأهلية تحكم مميزاتها من اسم ومواطن وحالة سواء كانت حالة سياسية وهي الجنسية أو عائلية وهي القرابة أو حالة دينية وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي الفرد لقانون الأحوال الشخصية والمصدر الرسمي لما فات المشرع من أحكام وذلك طبقا لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المعدل سنة ١٩٥٩ فقد نصت مادته الأولى على ما يأتي.

١) تسري النصوص التشريعية في هذا القنون على جميع المسائل التي تتناولها الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

٢) إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية بقولها (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص).

أما الأحوال العينية أو المعاملات المالية فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وأنواعه وتعني بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية ومعونيه وتخضع الأحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني دون الأحوال الشخصية أسوة بالقوانين المدنية في البلاد العربية وخلافا للقوانين المدنية الغربية التي تحكم الأحوال الشخصية والأحوال العينية معا.

وتعتبر الشريعة الإسلامية أهم مصدرين تاريخيين للتقنين المدني العراقي وثانيهما هو القانون المدني المصري كما تعتبر المصدر الرسمي الثالث لقواعد القانون المدني طبقًا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين والتي جاء فيه فيها ما يلي:

(فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمه بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وارى أن من المستحسن توضيحًا للنص سوق الملاحظات الآتيه:

أولا: ذكر المشرع في نصه مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية وقد أراد من ذلك المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي. لأن الشريعة الإسلامية تضم أحكامًا اعتقادية وأحكاما وجدانية وأحكاما عملية والمقصود بالأحكام العملية الأحكام المنظمة للروابط الاجتماعية ويعتبر الفقه الإسلامي وهو علم من علوم الشريعة الإسلامية العلم المتوافر على تنظيم الروابط الاجتماعية وهو لذلك يقابل القانون الوضعي في وظيفته ونطاقه ولما كان الفقه الإسلامي يحكم العبادات كما يحكم المعاملات فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية في النص المبادئ التي تحكم المعاملات وذلك لأن القانون المدني لا يعبأ بحكم العبادات. وإذا كان الفقه الإسلامي يضم ما استقر عليه الفقه من قواعد كلية وأحكامًا جزئية فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية هي القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو الرأي الغالب فيه.

أما الأحكام الجزئية فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي حيالها وبالتالي فإن المشرع العراقي لم يقصد في نصه الرجوع إلى الأحكام الجزئية أو الفرعية في الفقه الإسلامي وإنما

قصد الرجوع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية التي لا نجد خلافا ملحوظًا في الفقه الإسلامي بشأنها.

ثانيًا: اعتبر المشرع قواعد الشريعة الإسلامية مصدرًا رسميًا للقانون يلي العرف في الترتيب وقد خيل للبعض أن هذا الترتيب يمس مكانه الشريعة الإسلامية ويغض من قيمتها في الحياة القانونية والواقع أن هذا الظن بعيد عن جادة الصواب. فقد جعل المشرع من قواعد الشريعة المصدر التاريخي الأول والأهم لتقنينه وتلقف منها كثيرًا من أحكامه وقد كان في مقدوره وهو ما يقتضيه منطق الاقتباس أن يبقى على ما لم يقتبسه منها في عداد المصادر التفسيرية غير أنه لم يشأ إلا التأكيد على قيمتها فصاغ كثيرًا من أحكامها في تقنينه واعتبر ما لم يدرجه في قواعده الوضعية من أحكامها العملية مصدرًا رسميًا احتياطيًا.

ثالثًا: حددت الفقرة الثانية قواعد الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرًا رسميًا ثالثًا للقانون بأنها مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. وقد كان الدافع إلى تقيدها (بالأكثر ملاءمة) الرغبة في تحقيق التنسيق في الأحكام لاحتمال تعارض بعض مبادئ الشريعة الإسلامية مع القانون كما أن عدم تقيدها بمذهب معين ينطوي على التأكيد بأن المبادئ الشرعية العامة وهي ما يحيل إليها النص العراقي ليست محل خلاف بين مذاهب المسلمين وهذا ما يؤكد ملاحظتنا الأولى.

والواقع أن تأثير الشريعة الإسلامية يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية وينحصر في دائرتي قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني الذي يحكم الأحوال العينية أو المعاملات المالية. ولا نجد تأثيرًا للشريعة الإسلامية في نطاق القوانين الأخرى لأن قواعدها مستمدة من مصادر أخرى وروابطها يحكمها التشريع ومصادر مكملة له ليس من بينها مبادئ الشريعة.

المبحث الرابع
قواعد العدالة

تمهيد:

سبق وإن حددنا معنى قواعد العدالة وتبينا خصائصها ووجوه الاختلاف بينها وبين قواعد القانون وحسبنا في هذا المبحث أن نكشف مدى أهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمعين القديم والمعاصر وإن نتبين مكانها بين مصادر القانون في وقتنا الحاضر.

أهمية قواعد العدالة ففي الحياة القانونية في المجتمع القديم:

لعبت قواعد العدالة دورًا هامًا في تطوير القانون فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم بالتخفيف من صرامة أحكامه وتجريده من كثير من شكلياته واقترنت بفكرتي القانون الطبيعي وقانون الشعوب عند الرومان. وكانت مصدرًا للأحكام التي تضمنتها المنشورات القضائية كما أثمرت في خلق جملة من المبادئ التي عملت على تطور القانون الروماني منها مبدأ حسن النية في العقود ومنع الإثراء غير المشروع وتغليب فكرة القرابة الطبيعية القائمة على النسب على فكرة القرابة الاصطناعية القائمة على الخضوع لسيادة رب الأسرة.

وقد أقام عليها فقهاء المسلمين بعض المبادئ التي اعتبرت من الأدلة الشرعية وشهدت لها الشرعية الإسلامية بالحجية وفي مقدمتها مبدأ الاستحسان كما أثرت في القانون الكنسي فأشاعت في ثناياه روح الإنصاف وأثرها في القانون الإنكليزي تجلى في بروز مبادئ العدالة كند للقانون العمومي وفي نشوء محاكم العدالة التي تولت تطبيقها وكان من نتاج مبادئ العدالة في القانون الإنكليزي ظهور نظام الترست الشبيه بنظام أوقاف الخيري في الإسلام والتأكيد على مبدأ حسن النية والتوسع في مفهوم الغش وفكره شبه العقد والتخفيف من سيطرة الزوج على الزوجة والتلطيف من شدة أحكام القانون العمومي وقد ظلت مبادئ العدالة في صراع مع مبادئ القانون العمومي الانكليزي في التطبيق.

حتى كتبت لها الغلبة بمقتضى قانون التقاضي الذي صدر سنة ١٨٧٣ قبل أن يتم توحيد القانون والقضاء الإنكليزيين في أواخر القرن التاسع عشر.

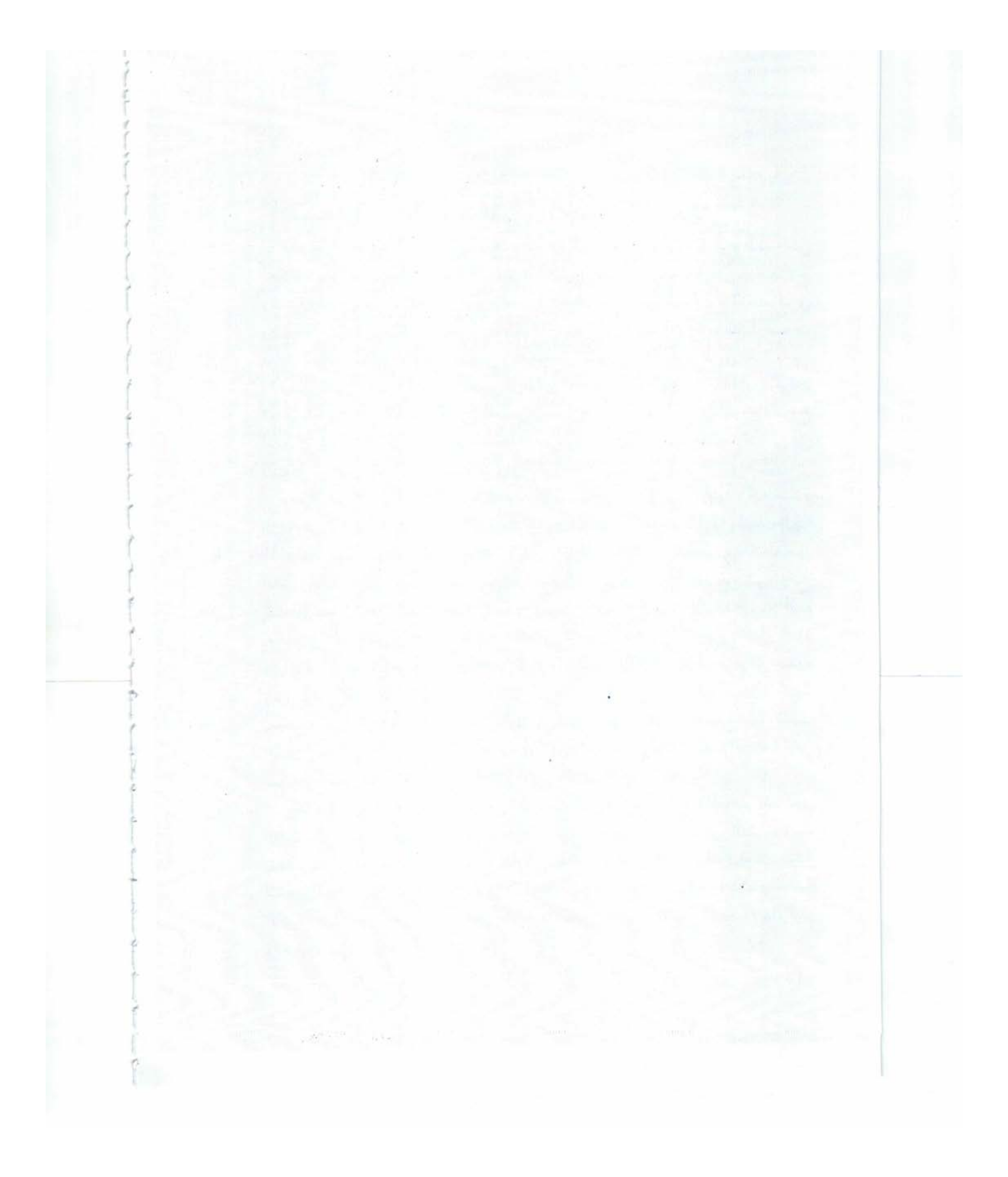
أهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة:

يبدو أثر قواعد العدالة في اتجاهين سبقت الإشارة إليهما أولهما: أنها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما يسنه من قواعد ذلك لأن على المشرع باعتباره الأخذ بيد مجتمعه في طريق الصلاح والتقدم والعامل على إشاعة روح الخير والعدل في الحياة القانونية أن يتشبع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام وإن يهدف إلى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه وهو إذا ما التفت صوب قواعد العدالة فستلهمه ما ينبغي أن يفعل وستحثه على السير بقانونه قدمًا في طريق الكمال.

وثانيهما: أن المشرع غالبًا ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو إلى قواعد العدالة فقط إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبت في النزاع المطروح أمامه. كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه. وقد نص على ذلك كل من المشرع العراقي والمشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنينهما المدنيين.

ومع أن هذه القواعد ليست واضحة المعالم بينة المدلول إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي فلا يحق له أن يبني حكمه على أفكاره الخاصة أو أن يطبق ما كان يضعه من القواعد لو أنيط به تشريعها وإلا أصبح مشرعًا ومع ذلك فإن هذا الرأي وإن كان هو السائد إلا أنه ينطوي في نظرنا على مغالاة لأن القاضي إذا أقام حكمه على رأيه الخص لن يضع عندئذ قاعدة عامة كي يوصف بأنه أضحى مشرعًا وهذا مالا يجوز وإنما يقتصر في اجتهاده على وضع حل خاص لنزاع خاص معروض عليه دون أن يخرج عن حدود وظيفته وعلى العموم فإن على القاضي أن يتأثر في حكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه وإن يسترشد بالمبادئ الأساس للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية سواء كانت المبادئ العامة التي ترتكز عليها تشريعات بلاده أو المبادئ المشتركة بين قوانين الأمم المختلفة التي يسهل التعرف عليها عن طريق الإلمام بأحكام القانون المقارن والاتفاقات الدولية.

وقد كان لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء يد طولى في تطور القانون المعاصر فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسئولية التقصيرية المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والحماية وصوغها في نصوص تشريعية.



الفصل الخامس

المصادر التفسيرية أو المصادر غير الرسمية

تمهيد:

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يأتي (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ومفاد هذا النص الذي أعقب بيان المصادر الرسمية للقانون في الفقرة الثانية من المادة نفسها.

أن القضاء والفقه يعتبران من العناصر التي تسترشد بها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتحديد مفهومها وأنها مصدران تفسيريان للقانون العراقي لاتتوافر لهما قوة إلزام تفرض اتباع أحكامها وقد سبق أن عرفنا المصدر التفسيري بقولنا: إنه المرجع الذي يستعان به في إزالة غموض القاعدة القانونية واستكمال نقائصها والذي يسترشد به القاضي من تقصي مفهوم القواعد التي يستخلصها من المصادر الرسمية دون أن تكون له قوة إلزام.

ويلاحظ أن هذين المصدرين القضاء والفقه مصدران متكاملان يكمل ويسند أحدهما الآخر فيسترشد القاضي بآراء الفقيه التي تتعلق بالقانون الأمثل ويستعين الفقيه بتجارب القاضي في مسايره مقتضيات الحياة وواقعها وإذا كان كل من الفقه والقضاء يعتبر مصدرًا تفسيريًا لقانوننا إلا أنهما لعبا ويلعبان دور أهم من ذلك في الحياة القانونية في مجتمعات أخرى.

واقع أن منزلتيهما في الحياة القانونية تأثرت وتتأثر بتفاوت الأزمنة وتباين المجتمعات ولذلك يحسن بنا بعد تحديد معنى كل منهما أن نعرض بالبيان دوريهما في الحياة القانونية في طائفة من المجتمعات القديمة والحديثة ذلك لأن دراسة كل من الفقه والقضاء في المجتمع القديم تعتبر من الموضوعات الرئيسة في كل من مادة تاريخ القانون والقانون الروماني ومادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية كما أن دور الفقه والقضاء يستقر في دائرة المصادر التفسيرية للقانون في المجتمع المعاصر باستثناء المجتمع الإنكلوسكسوني الذي يرقى فيه القضاء إلى مرتبة المصادر الرسمية.

ولذلك يجمل بنا أن نوزع هذا البحث الوجيز على مبحثين نفرد أولهما للقضاء ونخصص ثانيهما للفقه.

المبحث الأول

القضاء

معنى القضاء: يفيد لفظ القضاء ثلاثة معاني فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة وقد يراد به مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم وقد يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها وما يعنيه لفظ القضاء في بحثنا هذا هو المعنى الثالث فحسب.

إن هذه المبادئ التي يعنيها لفظ القضاء لا تنشأ إلا حيث يكون حكم القانون على واقعه معينة محل خلاف فتستخلص هذه المبادئ من استقرار أحكام المحاكم على اتجاه معين في الفصل في هذا الخلاف القانوني أما حيث يخلو حكم القانون على واقعة معينة من خلاف في شأنه فلا أهمية لهذا الحكم في دائرة مصادر القانون لأنه لايعدوا أن يكون تطبيقًا لقاعدة قانونية مسلم بوجودها ومضمونها.

مميزات القضاء:

يتميز القضاء بالميزات الاتية:

١) أنه يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على مايبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات دون ضمان التناسق فيما بينها.

٢) إن القضاء يتميز بطابعه وروحه الواقعي فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تساير واقع البيئة وتجاري روح العصر.

٣) أن المحاكم أقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبيق القانون على منازعات وتخرج ماتراه إلى حيز الوجود والعمل.

منزلة القضاء في المجتمع القديم:

كان القضاء مصدرًا للقانون الروماني وقد برزت أهميته عقب تجميع القانون الروماني القديم في الألواح الاثني عشر فتولى البريتور شؤون القضاء الذي أنيطت به مهمة تنظيم الدعاوى والدفوع وسير الإجراءات على أن يتم الفصل في المنازعات وفقًا لأحكام القانون المدني من قبل قضاه أشبه بالمحلفين في بعض النظم القضائية العاصرة وكان البريتور ينتخب لمدة سنة يصدر في فاتحتها منشورًا عرف باسم المنشور البريتوري يدرج فيه القواعد التي يلتزم

باتباعها في قضائه وكان كل بريتور يضمن في منشوره ما أثبت العمل صلاحه في التطبيق مما اشتمل عليه منشور سلفه ويضيف إليه من القواعد ما يتناول منشور سلفه بالتغيير أو الإضافة مما يقدر صلاحه وتقتضيه مبادئ العدالة ولم يكن القاضي ملزمًا رسميًا بالتقييد بأحكام منشورة في بادئ الأمر حتي صدر قانون يقضي باعتباره عدم التقيد به مخالفه قانونية. ثم تكون من مجموع القواعد المستقرة في مختلف المنشورات الدورية ما سمي بالمنشور الدائم وظل العمل به قائمًا حتى عهد الامبراطورية فجمع تجميعًا رسميًا عرف باسم القانون البريتوري الذي أضحى بعدئذ جزءًا من تقنين جستنيان يتضح من ذلك أن منشورات القضاة كانت تنشئ قواعد القانون وإن القضاء كان مصدرًا رسميًا هامًا للقانون الروماني.

وفي المجتمع الإسلامي مر القضاء بثلاث مراحل تفاوتت بتفاوتها منزلته هي الآتية:

المرحلة الأولى: وهي عهد الرسول ﷺ وفيها لم يمارس القضاء دورًا ذا شأن كمصدر للأحكام لأن الكتاب والسنة كانا وحدهما مصدري الشريعة ولان الرسول ﷺ كان قاضي المسلمين وحده و كان قضاؤه ملزمًا باعتباره سنة شرع به القواعد الوقائع الثابتة وإذا كان الرسول قد أقر اجتهاد بعض صحابته الذين تولوا منصب القضاء إلا أن اجتهادهم كان محددًا لبساطة الحياة وعدم تعقد الحاجات.

أما المرحلة الثانية: فقد بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الإسلامي في مطلع القرن الثاني للهجرة وفيها برز دور القضاء في استنباط الأحكام الشرعية لمواجهة ما جد في المجتمع الإسلامي المتطور من حاجات وقد امتزج الفقه والقضاء في هذه المرحلة فكان القضاة خلالها من الفقهاء المجتهدين وكان القاضي يأخذ بقضاء السلف من أئمة المسلمين عند عدم العثور على حكم في الكتاب الكريم والسنة الشريفة ثم يستعين بها أثر عن الصحابة والتابعين من اراء عند افتقاده قضاء السلف. وقد استنبط القضاة باجتهادهم كثيرًا من الأحكام.

وأما المرحلة الثالثة: فقد بدأت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها تعاظمت أهمية الفقه وتضائل شأن القضاء ولم يعد القضاء محصورًا في الفقهاء المجتهدين بل تولاه غيرهم من الفقهاء المقلدين لأئمة الفقه الإسلامي فاستقل القضاء عن الفقه منذ بدء هذه المرحلة وأصبح تابعًا له يستمد منه ما يطبقه من قواعد في القضايا المعروضة عليه دون اللجوء إلى استنباط الأحكام من أدلتها الريعة إلا فيما ندر من الحالات، يتضح من ذلك أن القضاء مارس دورًا هامًا في المرحلة الثانية التي كان القاضي خلالها فقيهًا مجتهدًا ومع ذلك ينبغي أن

يلاحظ أن دور القضاء كان يقتصر على استنباط الأحكام من أصولها الشرعية عن طريق تفهم النصوص وتفسيرها والاستعانة بمبادئ الشريعة وأسرار التشريع الإلهي ولايمكن أن يوصف القضاء بأنه مصدر للأحكام الشرعية لأن هذه الأحكام لا مصدر لها سوى الله تعالى.

وفي المجتمع الإنكليزي مارس القضاء دورًا هامًا وكان وما يزال يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون ذلك لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على مبدأ السوابق القضائية ومفاد السابقة القضائية أن كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق أو ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تماثلها أو تعلوا وعليها في المرتبة ويعزى التمسك بالسوابق القضائية في المجتمع الإنكليزي إلى سببين أولهما: أن القانون الإنكليزي غير مقنن وقد تكامل كيانه وتم تطوره بفعل القضاء وثانيهما سمو المنزلة التي يحلها القاضي في المجتمع الانكليزي وقد نشاء القانون الانكليزي عن طريق الاعراف والعادات وكانت المحاكم تفصل في النزاع بمقتضاها فإن لم يجد القاضي عرفًا أنشأ الحل القانوني الذي يحسم النزاع بموجبه وكان كل حكم جديد ينشئ سابقة قضائية ويجب التقيد بها في القضايا المماثلة من قبل المحكمة التي أصدرته ومن قبل المحاكم التي هي أدنى منها أو تماثلها درجة فكانت محكمة منصة الملك ومحكمة الخزينة وهي محاكم الدرجة الأولى قديمًا تتقيد بالمبدأ القانوني الذي تقرره في قضية ما. وكانت محكمة الاستئناف بعد نشوئها تلتزم بما قررته من مبادئ كما تلتزم بها محاكم الدرجة الأولى. وكان قضاء محكمة مجلس اللوردات وهي أعلى مرتبة في القضاء الإنكليزي ملزمًا لجميع المحاكم. وقد نتجت عن هذا المسلك في القضاء ثروة ضخمة من السوابق القضائية التي لها قوة القانون تكون منها القانون العمومي. لم يقتصر التقيد بمبدأ السوابق القضائية على محاكم القانون العمومي بل تعداها إلى محاكم العدالة بعد قيامها ولايزال القضاء الإنكليزي عن طريق السوابق القضائية بعد دمج القانون العمومي وقانون العدالة معًا وتوحيد القضاء الانكليزي في أواخر القرن التاسع عشر يلعب دورًا هامًا في نشوء القاعدة القانونية وتطور القانون ويعتبر من أهم المصادر الرسمية للقانون الإنكليزي.

منزلة القضاء في المجتمع المعاصر:

يعتبر القضاء الإداري مصدرًا رسميًا للقانون التي تقر وجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية أما القضاء العادي فيستقر في دائرة المصادر التفسيرية وللقانون باستثناء المجتمع

الإنكلوسكسوني الذي يعتد بمبدأ السوابق القضائي ذلك لأن معظم الدول المعاصرة لا تأخذ بالسابقة القضائية وأقضية محاكمها لا تلزم المحكمة نفسها ولا تلزم المحاكم الأخرى في القضايا المماثلة ومع ذلك ينبغي التسليم بما للقضاء الفرنسي من أهمية في تطور القانون الفرنسي والقوانين التي تأثرت به بما خلفه من مبادئ ونظريات عن طريق تفسير النصوص والتوسع في تفسيرها.

والقضاء العراقي لا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر لأنه لايأخذ بمبدأ السوابق القضائية أسوة بهما فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تتقيد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثله فمحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قرارتها السابقة. ولا تلتزم بقرراتها محاكم الدرجتين الأولى كمحاكم البدائة والثانية كمحاكم الاستئناف فيما يطرح أمامها من خصومات مشابهه ولا يلتزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (٢١٥) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فجاء في فقرتها الثانية: (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة الاستئناف أو البدائة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادرًا من الهيئة العامة فأنه يكون واجب الاتباع في جميع الأحوال). وقضت فقرتها الثالثة بأنه (إذا أصرت محكمة الاستئناف أو البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب النظر في الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق) ومفاد هاتين الفقرتين أنه إذا نقضت محكمة التمييز حكمًا صادرًا من محكمة استئناف أو من محاكم الدرجة الأولى كمحاكم البداءة فإن عليها أن تعيد الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض لتنظر فيها ثانية. ولا تلزم هذه المحكمة إلا بما تضمنه قرار النقض من إجراءات أصولية فقط. ولها كل الحق في الإصرار على حكمها السابق فإن أصرت وطعن في حكمها ثانية بطريق التمييز اجتمعت الهيئة العامة لمحكمة التمييز التي تعني جميع قضاتها في مختلف هيئاتها لتنظر في الطعن ولتصدر قرارها. فإذا نقضت الحكم ثانية وأعادت الدعوى إلى المحكمة فعلى هذه المحكمة أن تتقيد برأي الهيئة العامة لمحكمة التمييز عند الفصل مجددًا في القضية المنظورة وهذا الحكم يشابه ما نص عليه كل من القانون الألماني والفرنسي والمصري مع اختلاف في المراحل والتفصيلات لا نجد مبررًا للخوض فيها في هذا الكتاب المنهجي.

المبحث الثاني

الفقه

معنى الفقه: يفيد مصطلح الفقه معنيين أولهما: مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائض القنون وعيوبه، وثانيهما: علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده وما نعني به في هذا البحث هو المعنى الأول.

مميزات الفقه: يتميز الفقه بالمييزات الآتية:

١) أنه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافًا للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له لأنه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون مناقشة علمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع نظريات عامة تنطبق على جزئيات كثيرة منسقًا بين حلولها.

٢) يتميز بالطابع النظري خلافًا للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء وهذا ما يبرز فيما يلجأ إليه الفقه من تصور وافتراض وتشبث بمثل وتنقيب عن اتجهات جديدة ابتغاء الأخذ بأسباب التطور ولكنه قد يبتعد فيما يراه عن واقع مجتمعه

٣) أن آراء الفقهاء لا تخرج إلى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعًا فهو يتجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء.

منزلة الفقه في المجتمع الروماني:

مر الفقه الروماني في تطويره بأربع مراحل: أما الأولى: فتسمى المرحلة العملية وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمرافعة في القضايا الهامة. وقد بدأت هذه المرحلة عقب نشؤ منصب البريتور الروماني أما المرحلة الثانية: فقد تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الإمبراطوري وفيها تجاوزت مهام الفقيه ما سبق ذكره إلى تعليم التانون الشغوفين بمعرفته وتلقينهم وبرز في هذه المرحلة الفقهيان كابتو وليبيو وتلميذاهما بروكولس وسابانلس اللذان أسسا مدرستين فقهيتين هما المدرسة البروكولية التي تميزت بروح المحافظة والتعلق بمبادئ العهد الجمهوري ونظمه القانونية والمدرسة الأسبانية التي اتصفت بروح التجديد ومسايرة العهد الإمبراطوري ونظمه وقد قام

فقهاء هذه المرحلة فضلاً عن تعليم القانون وإعطاء الفتاوى بشرح القانون ومناقشته أحكامه وإبداء الرأي في تصوره وما ينبغي أن يكون عليه. أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت ببداية العهد العلمي واستغرقت هذا العهد الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث بعد الميلاد. وهو العهد الذي وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني، وفيه ظهرت طائفة من الفقهاء النابهين يتقدمهم من يطلق عليهم اسم الفقهاء الخمس العظام وهم: كاييس وبابنيان والبيان وبول وديموستين ولقب بابنيان بالفقيه الأعظم لأن الغلبة كانت تنظم آرائهم والتي سميت بأجوبة الحكماء فأصبح الفقه مصدرًا رسميًّا هامًّا للقانون ينسب إليه إنشاء كثير من قواعد القانون الروماني. أما المرحلة الرابعة: فقد بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها أخذت أهمية الفقه بالانكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الاجتهاد ثم صدر قانون إمبراطوري مشترك من قبل إمبراطوري الدولة الرومانية الشرقية والدولة الغربية سنة (٤٢٦م) ألزم الفقهاء بالاقتباس من آراء الفقهاء الخمسة العظام والتقيد برأي الأكثرية منهم عند الاختلاف وبدأت بصدور هذا القانون مرحلة قفل باب الاجتهاد وجمود القانون ثم جمعت آراء الفقهاء التي ضمنتها مؤلفاتهم ومنشوراتهم ورتبت في عهد الإمبراطور جستنيان لتصبح جزء من موسوعته الشهيرة التي عرفت باسم تقنين جستنيان والتي صدرت في أوائل القرن السادس الميلادي.

منزلة الفقه في المجتمع الإسلامي:

مر الفقه الإسلامي في تطوره بأربعة أدوار كذلك. أولاها: دور النشوء هو الذي بدأ بنزول القرآن الكريم وانتهى بوفاه الرسول ﷺ وقد احتوى القرآن الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف باسم فقه القرآن وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله وإضافة ما اقتضته وقائع الحياة من أحكام إليه. وثانيتها: مرحلة النمو التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهه ماجد في المجتمع الجديد من تطور في الحاجات والاوضاع فأعمل بعض كبار الصحابة والمجتهدين من التابعين وتابعي التابعين الرأي لاستنباط الأحكام الشرعية من النصوص الكريمة عن طريق تفهمها وتفسيرها وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة أهل الرأي في العراق التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيرًا على الحديث الشريف وقد نما الفقه في هذه المرحلة وأصبح الاجتهاد مرجعًا في استنباط الأحكام. أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت بظهور مذاهب الفقه الإسلامي وتدوين الفقه

في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري تسمى مرحلة نضج الفقه وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه الإسلامي. وفيها تعاظم شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام وبرز الاجتهاد واستقرت كثير من المصادر التبعية للأحكام الشرعية فلعب الاجتهاد دورًا هامًّا في تطوير الأحكام واتساع نطاق الشريعة الإسلامية ومع ذلك فإن دور الفقه الإسلامي مهما تعاظم فأنه لا يوصف بأنه دور المنشئ لقواعد القانون وإنما هو دور المتفهم للنصوص والمفسر لها عن طريق الغوص فيها لتفهم علل الأحكام وأسرار التشريع الإلهي ومقاصد الشارع من شرعه، أما منشأ الأحكام فليس غير الله تعالى. أما المرحلة الرابعة: فهي مرحلة التقليد التي بدأت بعد اتفاق أكثر أئمة المسلمين على قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع للهجرة وبدأ منذئذ عهد جمود الفقه الإسلامي وكاد يزول الاجتهاد فيه لولا قيام عدد قليل من كبار الفقهاء باستنباط الأحكام كالإمامين ابن تيمية وابن قيم الجوزية في القرن الثامن للهجرة وما زال هذا العهد قائمًا في ظل قفل باب الاجتهاد الذي لا سند له في الشريعة الإسلامية.

منزلة الفقه في المجتمعات الأخرى:

لم يلعب الفقه في المجتمعات الأخرى دورًا كمصدر للقانون وإنما قنع بمهمة المصدر التفسيري ذلك لأن رأي الفقيه لا يتمتع في ذاته بقوة ملزمة ولا يفرض نفسه على القضاء وإن كان لآراء بعض كبار الفقهاء في مختلف المجتمعات تاثير في الاتجاه القضائي بما خلقوه من مبادئ ونظريات.

الباب الثالث

وظيفة القانون

الفصل السادس: المذهب الفردي.

الفصل السابع: المذهب الاشتراكي.

الفصل الثامن: موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧- ٣٠ تموز) من المذهبين الفردي والاشتراكي.

وظيفة القانون

تمهيد:

تتحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يهدف إلى تحقيقها والوسائل التي يستعين بها للوصول إليها: ويتأثر تحديد هذه الوظيفة بالتيار الفكري الذي يتسلط على المجتمع أي بالنزعة التي يتشبع بها القانون في ممارسة نشاطاته فردية كانت أم اشتراكية وستتناول كل ذلك بالبحث في فقرات متتالية.

أغراض القانون:

أما الأغراض التي يهدف القانون إلى بلوغها فغرضان نستخلصهما من بحثنا المتقدم في ضرورة القانون وفي الصفة الاجتماعية لقواعده أولهما: حماية حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة ذلك لأن القانون إذ يحد من حريات الأفراد جميعهم إنما يهدي السبيل لكل فرد ليتمتع بحريته في حدود احترام حريات الآخرين وهو إذ يحدد حقوق وواجبات الأفراد ويرسم حدودها إنما يحول دون التعارض في الحقوق ويوفق بين المصالح ابتغاء تحقيقها جميعًا وإذا كان

القانون ينقص من الحرية الطبيعية للفرد فإنه يكفل حرية اجتماعية يطمئن بها أفراد على نشاطهم ويحققون في حدودها مصالحهم وثانيهما حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه. فالقانون إذ يحدد الحريات ويعين الحقوق ويرسم حدودها ويكفل حمايتها إنما يعمل على منع الاعتداء وعلى استقرار المعاملات وتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط للمنتج في المجتمع وعلى خلق جو من التعاون بين أفراده للسير في طريق التقدم وفي كل ذلك إقرار للنظام الاجتماعي وحفظ لكيان المجتمع من كل تفسخ داخلي والقانون إلى جانب ذلك وسيلة إلى ضمان أمن المجتمع الخارجي وطريق للخدمة العامة وأداة لتحقيق مصالح المجتمع العليا فهو إذن يهدف إلى ضمان بقاء المجتمع وارتقائه أما ضمان بقائه فيتحقق عن طريق حفظ كيانه وحفظ كيان المجتمع يعني إقرار أمنه وإشاعة النظام فيه والحيلولة دون فرقة صفوفه ومنع التحلل الاجتماعي ودرء العدوان الخارجي وأما كفالة ارتقائه فتحقق عن طريق اعتبار القانون اداة لتحقيق المصلحة العامة والخير العام.

وإذا كان من اليسير تحديد مفهوم حفظ المجتمع فإن من المتعذر إيراد تحديد دقيق لمدلول المصلحة العامة أو الخير العام وذلك لتباين مدلولها من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى زمن لاحق بتأثير ما تمليه الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل مجتمع وما تقتضيه التيارات الفكرية السائدة.

وسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه:

ووسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه هي التوفيق بين الحريات والمصالح المتعارضة توفيقًا يحفظ للمجتمع كيانه ويكفل ارتقاءه ولكي تؤدي هذه الوسيلة ثمرتها ينبغي أن يقوم التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة وإن يستهدف تحقيق المصلحة العامة وإن يسترشد بالعوامل المادية والمعنوية التي تلم بالمجتمع من ظروف اقتصادية وعوامل جغرافية واعتبارات تاريخية ومعتقدات ومشاعر وآمال وعندئذ يكون القانون قد ضمن تنظيمًا عادلًا للمجتمع قوامه صيانه حرية الفرد وتحقيق الخير العام وركيزته الانسجام بين مصالح الأفراد وبين المصلحة العامة وسنده ظروف المجتمع وإحساس أفراده.

غاية القانون في ممارسة وظيفته:

وغاية القانون في ممارسة وظيفته غاية نفعية تتحدد بتحقيق العدل من طريق إقرار النظام والأمن والاستقرار في الجماعة مما يضطره أحيانًا إلى التغاضي عن النواحي الخلقية المجردة

التي ينظر فيها المصالح الفردية الخاصة. وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي بورتاليس[1] بقوله: (ليس كل ما هو ما مطابق للقانون دومًا شريفًا لأن القوانين تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان) فالقانون يجيز لمن حاز عقارًا بنية التملك أن يكسب ملكيته بالتقادم ولو كان غاصبًا ويبيح للإنسان أن يمتنع عن الوفاء بدينه بعد فترة يحددها القانون إذا لم يطالبه الدائن خلالها بالدين أما الأخلاق فلا تجيز ذلك.

لأن غاية القانون تجاوز الحرص على تحقيق المثل الأخلاقية إلى مراعاة المصلحة العامة للمجموع. وقد قدر المشرع أن قيام النظام في المجتمع يقتضي استقرار المراكز الواقعية التي ظلت زمنًا طويلاً فأجاز التقادم المكسب ورأى أن استقرار المعاملات يقتضي أن لا تظل المطالبة بالحقوق وما ينجم عنها من منازعات قائمة دومًا ومستمرة فأجاز التقادم المسقط.

تأثر وظيفة القانون بالنزعة السائدة:

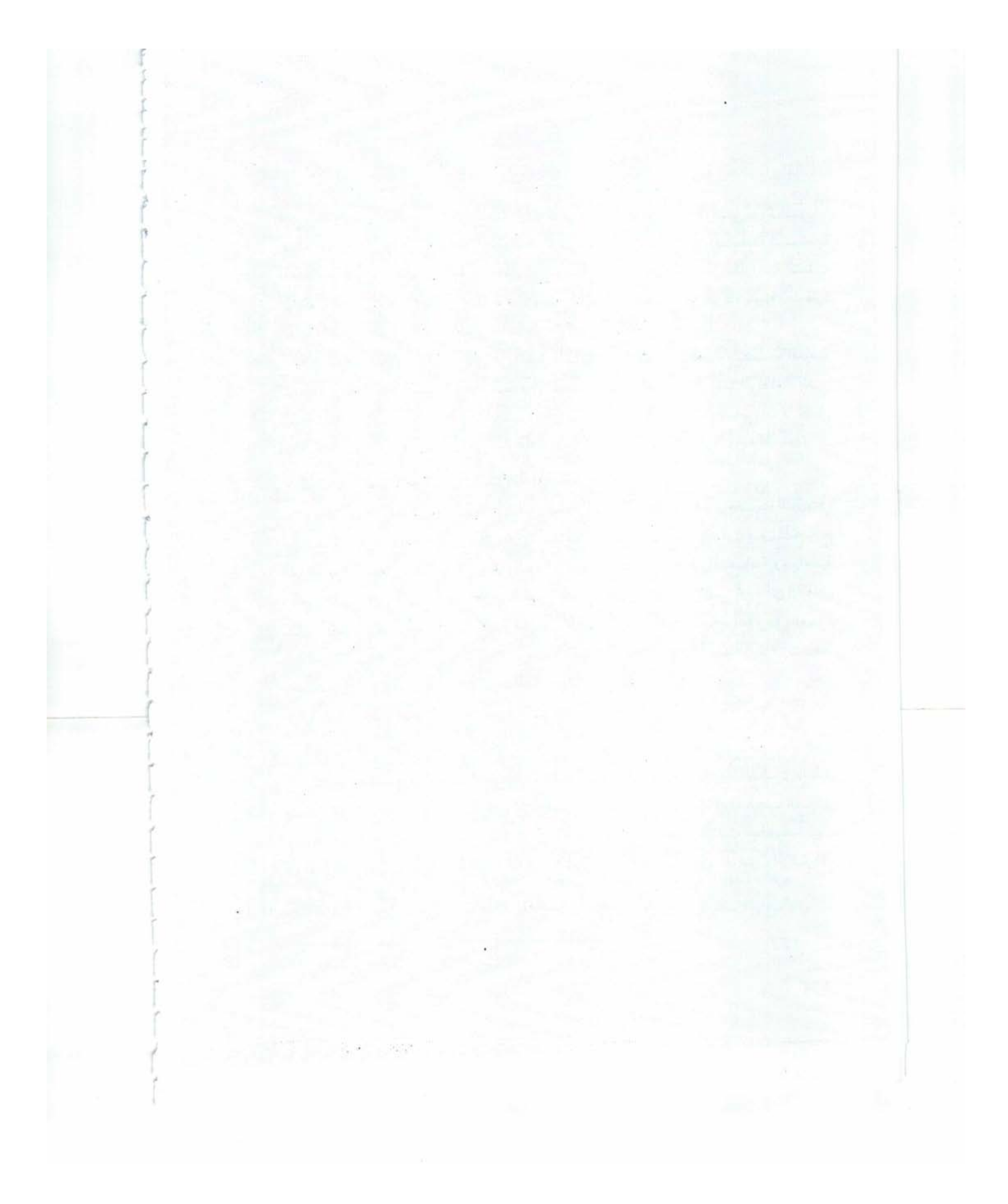
والحق أن فكرة المصلحة العامة أو الخير العام فكرة نسبية تختلف وجهات النظر في تحديدها ويتفاوت مداها بتفاوت الزمان واختلاف المكان كما أن حفظ التوازن بين المصالح الفردية وبين المصلحة العامة أمر يتأثر بظروف كل مجتمع اجتماعية واقتصادية وسياسية ومعنوية فهي التي تملي علية وسيلة حفظ التوازن ومدلوله ومداه. وهي التي تحدد أي الكفتين ينبغي أن يكون لها الرجحان عند التعارض أهي مصلحة الفرد أم صالح الجماعة وعلى العموم فإن تحديد فكرة الخير أو المصلحة العامة ومدلول التوازن ومداه ووسيلة حفظه يتأثران بتسلط أحد مذهبين متعارضين يتنازعان سيادة الفكر البشري والسلطان على تنظيم شؤون الجماعة أولهما المذهب الفردي أو المذهب الحر. وثانيهما المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل.

تقسم البحث:

يقتضينا التصدي لبيان مدى تأثر وظيفة القانون ومن ثم نطاقه بالتيار الفكري الذي يتسلط على الجماعة توزيع البحث على ثلاثة فصول نعقد أولها للبحث في المذهب الفردي ونفرد ثانيها للبحث في المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي وأما الفصل الثالث فنخصصه لبيان موقف التشريع العراقي في ظل ثورة ١٧/ ٣٠ تموز الخالدة من المذهبين الفردي والاشتراكي دستورًا كان أم قانونًا.

---

(١) عبد الباقي البكري، نظرية القانون، ص٨٧.



الفصل السادس

المذهب الفردي

التعريف بالمذهب الفردي:

إن النزعة الفردية نزعة عريقة في وجودها آمن بها الرومان وبعض من سبقهم في المجتمع القديم ولكنها برزت وسيطرت بانتعاش فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان في الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر وبلغت ذروة سلطانها على يد رجال الثورة الفرنسية الذين آمنوا بها لتحرير الفرد من ظلم الحاكم وطغيان الدولة.

تستند هذه النزعة إلى مذهب القانون الطبيعي الذي نادى بوجود مبادئ عامة خالدة توحي بالحق وبالعدل وتكون مثلاً أعلى لكل مشرع ولوجب على المشرع أن يكشف عنها بعقله ليدرجها في قوانينه وكلما زاد ما يستلهمه منها من أحكام كلما بلغ بقوانينه مرتبة أسمى في مدارج الكمال.

ومذهب القانون الطبيعي جاء خلف الفكر الإغريقي واعتنقه كثير من رجال الفكر عبر العصور حتى بلغ قمة سلطانه في نهاية القرن الثامن عشر غير أنه اتخذ على ممر الزمن صورًا متعددة متنوعة منها الفلسفية والقانونية والدينية والسياسية إلا أن كل صوره من صورة كانت في حقيقتها انعكاسًا لروح العصر وقيم المجتمع.

وكانت صورته المسيطرة على الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر. هي نظرية العقد الاجتماعي التي تناولها بالتحليل طائفة من كبار الكتاب منهم جان جاك روسو الفرنسي والتي اتخذت أساسًا لتفسير نشوء الدولة وتنظيم الروابط الدستورية فكانت في روحها مصدرًا لمضمون طائفة من الوثائق الدستورية منها الوثائق الدستورية التي صدرت في أمريكا في أواخر القرن الثامن عشر كوثيقة إعلان استقلال المستعمرات الثلاثة عشر عن انكلترا التي صدرت في الرابع من تموز سنة ١٧٧٦ والتي تصدرت بالعبارة الشهيرة. (خلق الناس سواسية متمتعين بحقوق خالدة لا تنتزع وقد نشأت الحكومات لتصون لهم هذه الحقوق) ومنها وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي صاغها رجال الثورة الفرنسية والتي أقرتها الجمعية الوطنية في ٢٧ آب سنة ١٧٨٩ واعتبرت جزءًا من الدستور المعلن في ٣ أيلول سنة ١٨٩١ وقد جاء في مادتها الأولى:

«يولد الناس أحرارًا متساوين أمام القانون»

إن مضمون جميع هذه الوثائق والدساتير يشير إلى ما للفرد من حقوق لصيقة بشخصه قديمة قدم الإنسانية خالدة بخلودها ثبتت له لمجرد كونه إنسانًا دون أن يستمدها من سلطة ما وهي حقوق لا يجوز التنازل عنها ولا تقبل السلب أو الانتقاص ولا تزول بعدم الاستعمال وإذا كانت نظرية العقد الاجتماعي قد أنكرها المحدثون في الفقهاء والكتاب إلا أن المؤمنين بالنزعة الفردية ما زالوا يرون أن الإنسان مصدر الحقوق فهو الحقيقة الأولى في المجتمع وعليه يستند النظام القانوني وإن ضمان حريته وصياغة حقوقه هما هدف الدولة وإن الحق الفردي مصدر القانون وأسمى منه.

أسس المذهب الفردي:

يقوم المذهب الفردي على الأسس الآتية:

١) الإيمان بأن الفرد غاية التنظيم الاجتماعي وقمة التنظيم القانوني. فهو الوحدة الأصلية في المجتمع والحقيقة الأولى فيه. وهو عماد الجماعة وهدفها.

٢) الإيمان بالحقوق الطبيعية للفرد. فهو إذا ولد ترتبت له حقوق على اعتباره إنسانًا ويتمتع بها ما ظل حيًّا وهي حقوق لصيقه بشخصه يكسبها بمجرد وجوده ويستمدها من الطبيعة لا من القانون فهي ليست منحة تمنحها الدولة أو عطية يقدمها القانون لأنها أسبق منهما وجودًا.

٣) الإيمان بأن القانون حدث اجتماعي اقتضته ضرورة النظام والاستقرار في المجتمع تقتصر مهمته على تأمين ممارسة جميع الحقوق المتقابلة من طريق التوفيق بينها ويصل إلى غرضه عن طريق الحد من الحرية لكل شخص ليحول دون اصطدام الحريات ببعضها دون أن يكون وسيلة لتحقيق النفع العام والعدالة الاجتماعية والتأكيد على القيم الخلقية فمهمته سلبية تقتصر على الحد من الحريات الفردية لضمان الحرية للجميع دون أن تكون إيجابية تفرض التكاليف ابتغاء تحقيق الخير العام.

٤) الإيمان بالعدل التبادلي أو عدل المبادلة وهو العدل الذي يتحقق في شكل واجبات متقابلة تقع على عاتق الأفراد لمصلحة الآخرين ويقوم على أساس من قياس الأفراد بمقياس حسابي موحد ومن قيام روابطهم على أساس التكافؤ فيما بينهم. وعلى الدولة أن تترك الحرية للأفراد لممارسة نشاطهم دون أن تتدخل لتوزيع العدل بينهم عن طريق القانون.

٥) الإيمان بأن ضمان المصالح الفردية يفضي إلى تحقيق المصلحة العامة. ذلك لأن سعادة كل فرد تعني سعادة المجموع ولأن تحقيق المصالح الفردية يعني ضمان المصلحة العامة لأن المصلحة العامة لا تعني سوى مجموعة المصالح الفردية.

آثار المذهب الفردي:

تترتب على المذهب الفردي آثار خطيرة تتناول وظيفة القانون ونطاقه نوجزها فيما يلي:

أولا: انكماش القاعدة القانونية وضيق نطاق القانون وتضاؤل تدخل الدولة فالقاعدة القانونية لا تتدخل إلا لرد العدوان على الحقوق وبالقدر الضروري لدرء الاعتداء والقانون لا يبسط سلطانه على كثير من الروابط الاجتماعية بل يقف من معظم ضروب النشاط الفردي موقف المتفرج والدولة تقنع في الحياة القانونية بدور سلبي هو دور الساهر على ضبط النظام والحريص على كفالة احترام الحقوق والتدخل عند الضرورة للحفاظ على كيان المجتمع ومنع العدوان على الحقوق الفردية.

ثانيًا: ضيق مفهوم المصلحة العامة التي ينبغي على القانون تحقيقها فلا يدخل في مفهومها تحقيق العدالة الاجتماعية أو مراعاة القيم الخلقية أو السعي وراء الخدمة العامة بل يقتصر مدلولها على حفظ كيان المجتمع يعني ضبط النظام وإقرار الأمن وتحقيق الاستقرار.

ثالثًا: تغليب المصلحة الفردية على مصلحة المجموع عند تصادمهما وبذلك تطغى حماية حريات الأفراد وضمان مصالحهم الخاصة وهي أحد غرضين للقانون على غرضه الثاني هو حماية مصلحة المجتمع وتحقيق الخير العام.

وتترتب على هذه الآثار الثلاثة جملة من النتائج الهامة في كل من الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية. أما في الحياة السياسية فينبغي على الدولة أن تطلق الحريات للأفراد وإن لا تضع من القيود إلا ما هو لازم لضمان ممارسة جميع الأفراد حرياتهم وعليها أن تتذكر أبدًا أنها ما نشأت إلا لخدمة أفراد المجتمع وضمان حقوقهم وأنها إذا تمتعت بسيادة فهي سيادة نسبية تنبع من الشعب وتمارس من أجل الشعب وتتقيد بالقانون. وإذا كان عليها. أن تضمن الحرية لأبنائها فينبغي عليها في الوقت نفسه أن تكفل المساواة فيما بينهم وأما في الحياة الاقتصادية فعليها أن تضمن حرية العمل وحرية التبادل لأفرادها وإن تقف حارسًا أمينًا عليهما لأن الرخاء ثمرتهما وعليها أن تؤمن بطاقة الفرد الذاتية وبحافزه الشخصي. فتفسح للفرد المجال للنشاط والإبداع والإنتاج والتطوير وقد انبثق من النزعة الفردية بأن تسلطها

على الفكر البشري مذهب اقتصادي شهير هو مذهب الفيزيوقراط أو مذهب الاقتصاد الحر. الذي نادى بحرية التجارة وبحرية العمل ودعا إلى تحرير التجارة من القيود الكمركية وإلى تحرير العمل من التشريعات الاجتماعية.

وتترتب على النزعة الفردية نتائج خطيرة في الحياة القانونية أبرزها ما يأتي:

١) التمسك بتقسيم القانون إلى التقليد بين فرعيه التقليديين وهما القانون الخاص الذي تنظم قواعده الروابط بين الأشخاص في المجتمع أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصًا معنويًا اعتياديًا والقانون العام الذي تحكم قواعده الروابط التي تظهر فيها الدولة على اعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفًا وما يقتضيه هذا التقسيم من تمييز بين قواعد التفسير والتنفيذ الذي تخضع لها الروابط التي ينظمها أي من هذين الفرعين ذلك لأن تفسير وتنفيذ روابط القانون الخاص يستهدي بالمصلحة الفردية دائمًا ويتم طبقًا لما قصدته الإرادة التي تبسط سلطانها في دائرة هذه الروابط أما تفسير وتنفيذ روابط القانون العلم فيجري في ضوء الصالح العام وعلى النحو الذي تحتمه مصلحة الدولة.

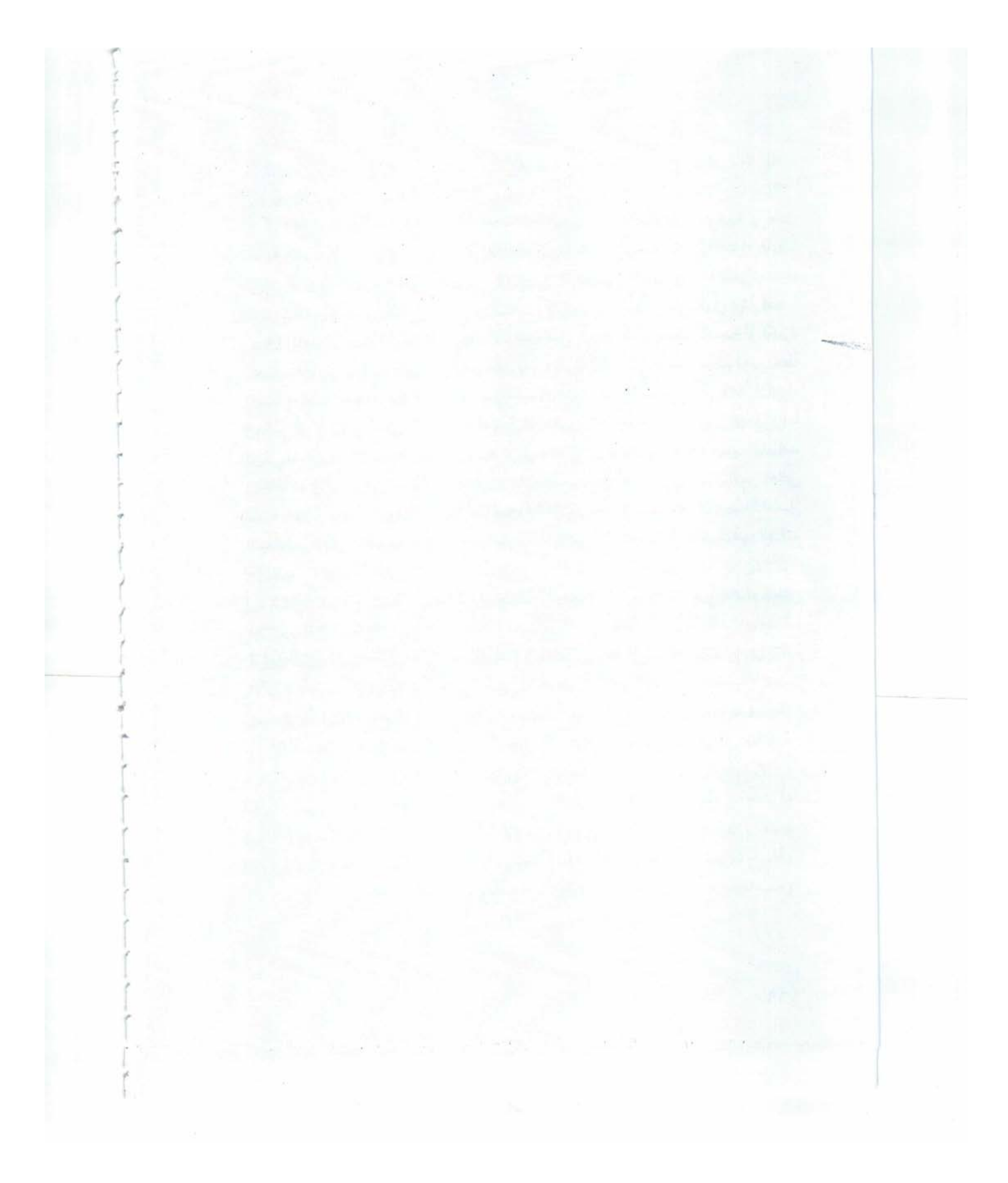
٢) تضاؤل عدد القواعد الأمره وتكاثر عدد القواعد المفسرة أو المكملة للإرادة أما القواعد الآمرة فهي القواعد التي يتعلق مضمونها بمصالح المجتمع العليا والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وأما القواعد المفسرة والمكملة للإرادة فهي القواعد التي تهدف إلى إزالة غموض شاب الإرادة أو استكمال نقص لوحظ فيها. والتي يجوز التراضي على استبعادها والاتفاق على حكم يخالفها ويفسر هذا التفاوت العددي بين هاتين الطائفتين من القواعد بما تركزه النزعة الفردية من اهتمام بالإرادة الفردية والحقوق والمصالح الخاصة مما يقتضي من المشرع وضع كثير من القواعد التي تعالج نقص الإرادة أو غموضها ويترك للإرادة حرية استبعادها. أما المصلحة العامةفمضمونها ضيق والغلبة للمصلحة الفردية عليها عند التعارض فلا عجب إن جاءت القواعد المتعلقة بها قليلة في عددها وهي القواعد الآمرة.

٣) استقرار مبدأ سلطان الإرادة في دائرة الروابط العقدية فإرادة طرفي العقد حرة في إبرام ما تشاء من عقود ذكرها القانون أو لم يذكرها. وهي حرة في وضع شروطها وترتيب آثارها مادامت تتقيد بما فرضه القانون من قيود وإذا نشأ العقد صحيحًا فرض مضمونه على عاقد به وأصبح شريعة لهما فلا يجوز لأحدهما أن في تفسيره أو أن يتحلل بإرادته وحدها من آثاره وإذا وجب تفسيره أو ساغ التحلل منه فينبغي أن يقع ذلك باتفاق الإرادتين.

٤) احترام الحقوق الفردية وتقديس الملكية الخاصة وحمايتها فالحقوق الفردية ومنها حق الملكية حقوق طبيعية ما وجدت الدولة إلا لحمايتها وما نشأ القانون إلا لدرء الاعتداء عليها ولذلك لا يجوز أن تخضع إلا للنادر والضروري من القيود التي تحتمها مصلحة الدولة دون أن تترك للدولة حرية الانتقاص منها متى شاءت ولا يجوز لها سلبها من باب أولى إذا أرادت.

٥) إقامة المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الشخصي لا على مبدأ تحمل التبعة أو فكرة الضمان. فلا تترتب المسؤولية في ذمة من الحق بغيره ضررًا إلا إذا نتج الضرر مباشرة عن خطأ ثابت أي يجب إثباته أو عن خطأ مفروض ينسب إليه سواء كان الخطأ المفروض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل للنفي والمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ الشخصي ثابتًا كان أو مفروضًا تسمى المسؤولية التقصيرية وهي تقوم عند توافر عناصر ثلاثة الضرر الذي ألحق بالمصاب والخطأ الذي صدر عن المتسبب في الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر التي تعني نشوء الضرر مباشرة عن ذلك الخطأ أما المسؤولية المرتكزة على فكرة الضمان ومبدأ تحمل التبعة فتقوم على عنصر واحد هو عنصر الضرر دون اكتراث بفكرة الخطأ الشخصي القائم على العقل والتمييز.

٦) إطلاق حرية الشخص في دائرة الأحوال الشخصية دون أن تتقيد بغير أحكام الدين فلا يجوز للدولة أن تتدخل في روابط الأسرة لتسلب أو تقيد حرية الشخص فيما تبيحه له قواعد الدين بحجة تحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة وعليه فليس للدولة أن تتدخل في تنظيم الأسرة كأن تغير في قواعد الولاية أو الحضانة أو أن تقوم بتحديد النسل أو أن تمنع الطلاق أو تعدد الزوجات إذا أباح الدين ذلك.



الفصل السابع

المذهب الاشتراكي

التعريف بالمذهب الاشتراكي:

لا ينظر أنصار المذهب الاشتراكي إلى الفرد ككائن مستقل عن المجتمع الذي يعيش فيه متمتع بحقوق يستمدها من الطبيعة وإنما هو في نظرهم كائن اجتماع بطبيعته يعيش دومًا في مجتمع يضمه وأفراد جنسه ويتمتع بحقوق يستمدها من الحياة في المجتمع باعتباره عضوًا فيه والمجتمع في رأيهم ليس مجموعة أشخاص يحتفظ كل منهم بذاتيته ويستقل بحقوقه وإنما هو وحدة متجانسة متماسكة تنصهر فيها الجماعة. فالمجتمع هو محور الدولة وأساس القانون يتضامن أفراده وهم عناصر تكوينه ويمارسون فيه حقوقهم على اعتبارها وظائف اجتماعية تستهدف غاية مشتركة هي مصلحة المجتمع بأسره. وعليه فإن القانون يرمي دومًا إلى تحقيق سعادة المجتمع أولاً وإن أفاد الفرد منها وإلى التضحية بالمصلحة الخاصة في سبيل مصلحة المجموع عند تعارضهما وإلى التضييق من حرية الأفراد عن طريق إلزامهم بواجبات لصالح الجماعة فالجماعة هي الحقيقة الأولى في كل مجتمع بشري وتضامن أفراد المجتمع وتحقيق مصلحته العليا هما هدف المشرع وغاية القانون.

إن النزعة الاشتراكية ليست حديثة عهد بل هي موغلة في القدم برزت في المجتمع القديم وتشبعت بها شرائع السماء. فالمجتمع القديم لم يخل من جماعات كانت تحرص على حماية أفرادها عن طريق إلزامهم بواجبات اجتماعية وكانت لا تعترف لهم بالحقوق وإنما تفرض عليهم التكاليف. وشاعت هذه النزعة في الفكر الفلسفي القديم فدعا بعض الفلاسفة كأفلاطون في كتابه (الجمهورية الفاضلة) إلى التعلق بالمجتمع الفاضل الذي تشيع فيه السعادة وتذوب فيه المصالح الفردية وتنصهر في كيانه الحقوق الخاصة ليتحمل كل عضو فيه نصيبه من الواجبات حيال الجماعة.

ونظرت الأديان بصورة عامة والأديان السماوية بصور خاصة والدين الإسلامي بصورة أخص إلى الجماعة كعماد الحياة منها تنبعث الحقوق ولمصلحتها تمارس فليس للفرد إلا ما تخوله الجماعة له من حق وليس له إلا مالا حاجة للجماعة به وعليه أن يباشر في الحدود التي لا تتعارض ومصلحتها وقد تبلورت هذه النزعة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عقب تطور الأوضاع الاقتصادية وتعقد الحياة الصناعية وتغير المفاهيم السياسية بتأثير من قيام

الثورة الصناعية وما ترتب عليها من تركز رأس المال وهزة في علاقات الإنتاج فقد أدى تركز المال وبروز روح الاستغلال واختلال التوازن بين الطبقات ونشوء المنظمات المهنية إلى استفحال شأن هذه النزعة وإلى إرسائها على أسس علمية ومن ثم إلى تحولها إلى مذهب علمي وقد ساعد في انتشار النزعة الاشتراكية ورسوخ المذهب الاشتراكي ما اكتنف المذهب الفردي من عيوب وما واجهه من انتقادات تركزت حول عيبين رئيسين فيه. أولهما أساسه الخاطئ فقد بالغ في تقديس حرية الفرد وحقوقه واعتبره كائنًا مستقلاً عن الجماعة يستمد حقوقه من الطبيعة فحسب وثانيهما عدم مسايرته للقيم الاجتماعية التي طغت على المجتمع المعاصر وانبعثت من روح العصر فقد شل يد الدولة عن التدخل في تنظيم الروابط الاجتماعية بغية إشاعة العدل وتحقيق المساواة والتقليل من الفوارق الاقتصادية وهو بمناداته بالحرية الاقتصادية أدى على تزايد الفوارق الطبقية وانقسام المجتمع إلى فئتين أولاهما فئة مستغلة متحكمة في حياة الناس ومواردهم وهي القلة وثانيهما فئة كادحة مستضعفة تمثل الجانب لأكبر من الشعب ويشيع في وسطها البؤس والعنت ولا تعدو أن تكون فئة أجيرة لا تكاد تسد الكفاف من العيش.

وقد كان للحرب العالمية الثانية تأثير بالغ في سيادة المذهب الاشتراكي فآمن به كثير من الشعوب التي رزخت تحت عبء الاستعمار طويلاً أو قاست من النفوذ الأجنبي كثيرًا أو اكتوت بنار الحرب وما جرته عليها من خراب ودمار واتخذت منه مفتاحًا تلج بعونه باب حياة جديدة تتحرر فيها مما عانته من ظلم اجتماعي وفساد سياسي وجعلت منه مشعلاً تنير به طريقها إلى تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق إذابة الفوارق الطبقية والتقليل جهد الإمكان من عدم المساواة الاقتصادية والعمل على زيادة الإنتاج والتشبث بعدالة التوزيع.

أسس المذهب الاشتراكي:

يقوم المذهب الاشتراكي على الأسس الآتية:

١) الإيمان بأن المجتمع هو الحقيقة الأساس في الحياة وإن كيان الجماعة هو قمة التنظيم القانوني فالمجتمع وحدة متجانسة وكل لا يتجزأ ينصهر فيه الأشخاص وتذوب فيه الحقوق لاينظر إلى الفرد فيه ككائن مستقل بشخصه طليق في ممارسة حريته واستعمال حقه وإنما ينظر إليه من خلال اندماجه في المجتمع وانخراطه في العيش مع أفراد جنسه وارتباطه بهم برباط التضامن الاجتماعي.

٢) إنكار فكرة الحقوق الطبيعية للفرد اللصيقة بشخصه والمستمدة وجودها من الطبيعة والملازمة له في حياته؛ ذلك لأن التأكيد على الحق الطبيعي للفرد أمر لاسند له مع العلم ولا من الواقع. لأن التسليم به يفضي إلى إقرار أمرين أولهما: أن الإنسان يولد متمتعًا بحقوق طبيعية وثانيهما: أن الإنسان يظل متمتعًا بهذه الحقوق وإن عاش منقطعًا عن غيره والحق أنه لا يتصور أن يكون للشخص المنقطع عن أبناء جنسه والذي لم يدخل في روابط مع غيره حقوق وإنما تكون له مكنات على ما يستعمله من الأشياء ويختلف الحق عن المكنة لأن الحق هو السلطة التي تترتب للعضو في الهيئة الاجتماعية والتي يقرها القانون ويفترض وجود مجتمع قائم يدخل أفراده بروابط مع بعضهم أما المكنة فهي القدرة والواقع أن الحق الذاتي لا وجود له في ظل المذهب الاشتراكي فلا حق لأحد قبل المجموع، وأن ما يسمى بالحق لا يعدو أن يكون واجبًا يفرضه التضامن الاجتماعي ليؤدي به خدمة اجتماعية وإذا جاز الإبقاء على مصطلح الحق فينبغي أن يقصد به حق كل شخص في أداء واجب تتطلبه حقيقة الاعتماد المتقابل بين أعضاء المجتمع والحق في حقيقته وظيفة اجتماعية يمارسها الفرد لتحقيق خدمة عامة. ويلتزم غيره بعدم التعرض له في ممارستها.

٣) الإيمان بأن قوة المجتمع تنتج عن قوة أفراده وإن خير الجماعة لا يتحقق إلا إذا تفانى كل فرد في السعي إلى تحقيق المصلحة العامة بصورة مباشرة وسمح له باستغلال جميع مؤهلاته وتسخير كل طاقته لخدمة الجامعة بدافع من الرغبة في خدمتها ولما كان المذهب الاشتراكي قد أنكر الملكية الفردية كحق ذاتي واعتبرها كسائر الحقوق وظيفة اجتماعية فإنه يكون بذلك قد مس حب الذات وغض عن قيمة الحافز الذاتي ودوره المرموق في حقل الإنتاج والإبداع. ولذلك ينبغي التفتيش عن بديل للملكية الفردية كحافز ذاتي يكفل حمل الأفراد على العمل بجد وتفان ومثل هذا البديل لا يتحقق عن طريق القسر الذي يفرضه القانون وإنما ينبغي على الدولة أن تسعى من طريق القانون إلى تقوية كل فرد وإسعاده وذلك بشحذ وصقل طاقته ورعاية مواهبه وإحاطته بعوامل الإغراء التي تدفعه للوصول إلى الهدف الأسمى وهو تقوية الجماعة وتماسك كيانها وزيادة إنتاجها وأبرز عوامل الإغراء التي تدفع الأفراد للسير حثيثًا في طريق الخدمة العامة أربعة عوامل هي: تثبيت مبدأ تكافؤ الفرص أمام الجميع وتطبيق مبدأ سيادة القانون على الجميع روحًا لا شكلاً والقضاء على معالم الظلم الاجتماعي ووضع الحوافز لتشجيع التفوق والإبداع في الإنتاج.

٤) الإيمان بأن القانون أداة للخدمة العامة وطريق للتوجيه الاجتماعي ووسيلة لتحقيق خير المجتمع وسعادته فمهمة القانون لا تقتصر على تقوية الفرد وإسعاده ولا تنحصر في التوفيق بين المصالح الخاصة المتعارضة وإنما تتعدى ذلك إلى بلوغ هدف أسمى هو خير المجتمع وهو إذا استهدف تقوية الفرد ابتغى من وراء ذلك تقوية الجماعة وإذا توخى تحقيق سعادة الفرد ابتغى من وراء ذلك تمكينه من الإسهام بنصيب أكبر من إسعاد الجماعة بتحمله جزءًا أوفر من الأعباء الاجتماعية وعلية فإن من يتمتع بحق اتجاه الجماعة ضمانًا لمصلحته يتحمل واجبًا حيال المجتمع يكفل تحقيق الصالح العام. ولا يجوز أن يمارس الحق إذا جاز الإبقاء على هذا المصطلح لمصلحة الفرد وحده أو ضد مصلحة المجتمع أو يتمسك بصاحبه ضد تدخل المجتمع متى اقتضى الصالح العام هذا التدخل لأن الحقوق لا تعدو أن تكون وظائف اجتماعية وسبيل القانون إلى تحقيق غرضه هذا أن يترك لكل فرد القدر اللازم من الحرية لإظهار نشاطه وإنما طاقته يتيح له الفرصة للإسهام في تحقيق الخير العام وهو في ذلك لايكتفي بتقييد الحريات الفردية ليكون دوره سلبيًا فحسب بل يمارس دورًا إيجابيًا لذلك في صورة تكاليف وأعباء يفرضها على الناس ليحملهم على تحقيق ما يعود بالنفع على المجتمع. من تأكيد على الخير العام والعدالة الاجتماعية والقيم الخلقية وعليه فإن قواعد القانون ليست مجرد قواعد سلبية بل يتضمن القانون كثيرًا من القواعد الإيجابية والدور الإيجابي للقانون المترتب على اعتباره أداة للخدمة العامة يقتضي من الدولة التدخل في تنظيم العلاقات كلما لاحت حاجة اجتماعية من وراء تدخلها ويتطلب منها بسط سلطانها على مختلف حقول النشاط تتولاها توجيهًا وتنظيمًا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وتدخل الدولة يتخذ مظاهر شتى منها الرقابة والتوجيه ومنها ولوج حقل الاقتصاد شريكة أو منتجة أو مؤممة وقد تجد الدولة أن الملكية الفردية على اعتبارها وظيفة اجتماعية لم تعد تفي بالغرض من إقرارها وهو العمل على زيادة الإنتاج تحقيقًا للخير العام فتقيدها أو تسلبها من صاحبها عند الاقتضاء وجدير بالذكر أن إقرار الملكية الاجتماعية في حقل الإنتاج وبسط سلطان الدولة على حقل الاقتصاد من الأمور التي أجمع عليها الاشتراكيون غير أنهم تفاوتوا بين التطرف والاعتدال من حيث نطاق التطبيق ومراحله.

٥)الإيمان بأن الخير العام والخدمة العامة يعنيان سعادة المجتمع ورفاهته وأنه لا سبيل إلى تحقيق السعادة والرفاهية للمجتمع إلا عن طريق زيادة الإنتاج وعدالة التوزيع أما زيادة الإنتاج فتقضي إلى زيادة الثروة العامة التي ترفع من مستوى معيشة الجماعة وتزيد من دخل كل فرد

فيها ليسد حاجاته ويشبع رغباته على نحو يسعد به وإذا سعد كل فرد في المجتمع غدا المجتمع سعيدًا وعلى الدولة أن لا تألوا جهدًا في السعي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية ولعل أفضل الوسائل لبلوغ هذا الهدف ثلاث وسائل هي: التخطيط الاقتصادي والبحث العلمي واستثمار مواهب الأفراد وتنمية طاقتهم وعدالة التوزيع ملازمة لزيادة الإنتاج من حيث الإقرار في توفير سعادة المجتمع ورفاهته؛ ذلك لأن المجتمع المرفه ليس هو المجتمع الذي يتميز بضخامة طاقته الإنتاجية العامة فحسب وإنما هو المجتمع الذي لا يشعر بعض أفراده بمرارة العوز والحرمان وينعم كل أبنائه بالمستوى المعاشي الذي يليق بكرامة الإنسان.

وإذا كان المذهب الفردي يؤمن بالعدل التبادلي الذي يقوم على مبدأ التكافؤ بين الناس فإن المذهب الاشتراكي ينادي بالعدل التوزيعي الذي يسوي بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة ويقوم على مبدأ تسلط الجماعة على أعضائها وقيام الدولة بتوزيعه بين أفرادها فعلى الدولة أن تحتكر توزيع التكاليف على أفراد المجتمع فتفترض على كل منهم نصيبًا من عبء الجماعة بتحمله وينجزه كالضرائب والدفاع المدني. وعليها أن تحتكر توزيع المزايا المادية والمعنوية التي توفرها في المجتمع فتخص كل فرد بقسط عادل منها. وعليها في توزيع الأعباء والمزايا أن تأخذ بعين الاعتبار الطاقة الاجتماعية لكل فرد ومدى حاجته وإذا كانت الدولة تحتكر توزيع العدل فإن قاعد القانون هي التي تفيض به على الناس على وجه يؤكد سيطرة المجتمع الفرد وواجب الجماعة تجاهه.

٦) الإيمان بأن الخير العام الذي يعم الجماعة يئول للأفراد فينال كل منهم قسطًا منه وإن تحقيق الصالح العام ينعكس تلقائيًا على الأفراد فيحقق مصالحهم الخاص وكلما زاد الخير العام زاد ما يعود على كل فرد فيه من خير. والواقع أن جميع الأعباء التي تفرضها قواعد القانون على كاهل الفرد فيه والقيود التي تقيد بها حريته تئول في النهاية إليه وينتفع بها بصفته عضوًا في المجتمع ولذلك فإن التعارض الذي يبدو بين مصالح الأفراد وبين مصلحة الجماعة ليس تعارضًا حقيقيًا لأن المصالح العامة متى تحققت درت خيرًا على كل فرد وانتفع بها على اعتباره عضوًا في المجتمع.

آثار المذهب الاشتراكي:

تنتج عن المذهب الاشتراكي آثار هي نقيض الآثار المترتبة على المذهب الفردي أبرزها ما يأتي:

أولاً: تكاثر القواعد القانونية وهذا يعني اتساع نطاق القانون ويفيد تزايد الواجبات الإيجابية والسلبية المفروضة على الأفراد ويشير إلى تعاظم دور الدولة الإيجابي في تنظيم العلاقات الاجتماعية وازدياد تدخلها في مجال النشاط الفردي وقيامها بتحقيق العدل وتوزيعه بين الناس.

ثانيًا: التوسع في مفهوم الخير العام أو المصلحة العامة الذي يهدف القانون إلى تحقيقه ليدخل في مدلوله تحقيق العدالة الاجتماعية ومسايرة القيم الخلقية والتمادي في التوجيه الاجتماعي والسعي لتحقيق الخدمة العامة.

ثالثًا: التضحية بالمصالح الخاصة في سبيل مصلحة المجموع عند التعارض وهي تضحية تعني أن حفظ النظام وتحقيق الصالح العام وهي إحدى غايتين للقانون تطغى على غايته لثانية وهي ضمان حريات الأفراد وحماية مصالحهم الخاصة.

ويترتب على اتساع نطاق القانون وتعاظم دور الدولة الإيجابي في الحياة العامة وانطلاقهم في التدخل والسيطرة على مجال النشاط الفردي جملة من النتائج الهامة في الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية أما الحياة السياسية فيجب أن توجه طبقًا لمقتضيات المصلحة العامة ولذلك لاضير من وضع القيود على المجتمع في كيانه أو في مصالحه العليا. فالحرية في مختلف صورها كحرية الرأي والنشر والنقد والتجمع ليست حقًا طبيعيًا للفرد وإنما هي وظيفة اجتماعية يمارسها من أنيطت به على نحو لا يمس النظام الاجتاعي ولا يجافي المصلحة العامة وهي تحترم مادامت تحقق الغرض منها وهو صيرورة الفرد عضوًا نافعًا في نشاطه واعيا في إدراكه شاعرًا بمسؤوليته قبل مجتمعه عن طريق ما ينتج عنها من صقل وتنمية المدارك وتهذيب الأذواق أما إذا مورست على نحو يهدد كيان المجتمع وقيمه ومصالحه الأساس بالخطر فلا تثريب من تقييدها ولا حرج من سلبها إن لم يجد التقييد وإذا كان الصالح العام هو منبع الحقوق والراسم لطريق الحرية.

فإنه في الوقت نفسه مصدر شرعية الحاكم ومشروعية نظام الحكم. فالعبرة في الشرعية ليست بوسيلة وصول الحاكم إلى الحكم وإنما بطبيعة تصرفاته بعد تسلمه مقاليد الأمور فهو يكتسب شرعيته من مدى تقيده بالمصلحة العامة وسعيه إلى تحقيق التضامن الاجتماعي واستئصاله كل اسباب الفرقة أو الاستغلال الاجتماعي.

أما الحياة الاقتصادية فلا مكان فيها لأي نشاط يتعارض ومصلحة المجموع ولا أثر في دائرتها لمبدأ الحرية في الإنتاج والتداول والتوزيع؛ لأن الفكر الاشتراكي يؤمن بسيطرة الدولة

على قوى الإنتاج والتداول وبهيمنتها على مجالات التجارة والتوزيع وإذا كان هناك تفاوت بين الاشتراكيين من حيث مدى هذه السيطرة ووقت بلوغها إلا أنهم يجمعون على حق الدولة في ملكية وسائل الإنتاج ويتفقون على حقها في التوجيه والرقابة والتدخل في غيرها من حقول النشاط الاقتصادي على وجه تزول منه ملامح الحرية الاقتصادية.

وللمذهب الاشتراكي تأثير بالغ في الحياة القانونية ولعل أخطر نتائجه ما يأتي:

١) تكاثر قواعد القانون الآمرة التي تتعلق أحكامها بالمصلحة العامة والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها قلة عدد القواعد المفسرة والمكملة للإرادة التي تزيل غموضًا في الإرادة الفردية أو تستكمل نقائصها والتي يجوز استبعادها ويجري تطبيقها عند عدم التراضي على خلافها؛ ذلك لأن النزعة الاشتراكية تركز اهتمامها على المصلحة العامة وتحيط مقتضياتها بالتنظيم الدقيق. أما الإرادة الفردية فلا تكترث بها إلا في الحدود التي ترسمها المصلحة ويتحقق من طريقها الخير العام.

٢) هدم التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص واستنكار ما يجره هذا التقسيم من اختلاف من حيث قواعد التفسير والتنفيذ التي تخضع لها الروابط حسب انتمائها إلى أي من هذين الفرعين؛ ذلك لأن الروابط القانونية في نظر المذهب الاشتراكي من طبيعة سواء فلا وجود لروابطه تقوم بين فردين بعيدة عن الجماعة ورقابتها ولا وجود لحقوق تنبعث من روابط فردية تستقل بوجودها عن المصلحة العامة كي يخضع تنفيذ وتفسير بعضها طبقًا لما قصدته الإرادة ويجري تفسير وتنفيذ البعض الآخر من الروابط في ضوء المصلحة العامة. فالحقوق الفردية ذات طابع اجتماعي، والروابط الشخصية سبيل لتنظيم الحياة الاجتماعية ونتيجة حتمية لها وعليه فإن الدولة على اعتبارها صورة المجتمع الحديث المنظم تنظيمًا سياسيًا طرف في كل رابطة قانونية وينبغي أن يستهدى بالصالح العام في تفسير جميع هذه الروابط وتنفيذها لا فرق بين رابطة مدنية أو تجارية وبين رابطة إدارية أو دستورية.

٣) انكماش دور الإرادة في دائرة الروابط العقدية وانتفاء تحكمها في إبرام العقود ووضع شروطه وترتيب أحكامه فقد أضحى من حق الدولة التدخل في تنظيم العقود على منوال عز مبدأ سلطان الإرادة. بدافع من الاعتقاد بأن العقد ليس ضمانًا كافيًا لتوليد الالتزامات عادلة نظرًا لانعدام التكافؤ بين مراكز وقوى المتعاقدين ولأن المصلحة العامة تقتضي تدخل القانون لتحقيق العدل العام وتحرير الضعفاء من استغلال الأقوياء فأصبحت إرادة الأفراد في تنظيم

الروابط العقدية تنوء تحت أعباء كثير من القيود التي يقتضيها الصالح العام للمجتمع واتسع نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق وبرزت نظرية الظروف الطارئة واعتبر الغبن سبيلاً للطعن في العقد لإبطال أو لإنقاص التزام الطرف المغبون إذا انطوى على الاستغلال وأصبحت بعض العقود كعقد العمل تخضع لتنظيم أمر يبدو في صورة قواعد قانونية وضعتها الدولة لتنظيمها ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها حماية للطرف الضعيف في العقد وهو العامل. وبدأ التعاقد في عقود أخرى في صورة إجبار قانوني يفرض على الأشخاص ولا تجوز مخالفته كإجبار البائع على البيع بسعر معين تحدده الدولة وكإلزام المؤجر على التأجير بأجرة تحددها السلطة العامة وكتجديد عقد الإيجار جبرًا على المؤجر. وأخذت الدولة ترسم نماذج لبعض العقود وهي ما تسمى بالعقود النموذجية كعقد الشركة وتلزم من أراد إبرامها بالتقيد بالشكل الذي حددته الدولة. وأناطت الدولة بالقضاء الحق في معاودة النظر في شروط طائفة من العقود كعقد النقل ليبطل الشروط التعسفية فيه كشرط الإعفاء من المسؤولية وليخفف من الإجحاف اللاحق بالطرف الضعيف والناجم عن شروط أخرى يفرضها متعهد النقل. كما عهدت إلى القضاء مهمة تعديل وإعفاء الطرف المذعن في عقود الإذعان إذا سمح القانون ببقاء بعضها مما تضمنته من شروط تعسفية واشترطت بالنص القانوني الصريح أن يتم تفسير هذه العقود لمصلحة الطرف مذعن مدعيًا كان أو مدعى عليه.

٤) اعتبار الملكية الفردية وظيفة تمارس لخدمة المجتمع لاحقًّا مطلقًا يستعمله الفرد على هواه فأضحت تخضع لطائفة من القيود يفرضها الصالح العام كتحديد حد أقصى للملكية الزراعية الفردية وفرض الضرائب التصاعدية على الأموال ونزع الملكية للمنفعة العامة. وإقرار مبدأ المنع من التعسف في استعمال الحق ووضع الضرائب الفادحة على التركات والسماح للمجتمع بالانتفاع بالملكية الخاصة وقد لا تكتفي الدولة بتقييد الملكية بل تعمد إلى سلبها عن طريق التأميم لتصبح في حوزة الدولة ولتنقلب الملكية الخاصة إلى ملكية جماعية أي إلى اعتبار المال ملكًا للجماعة ملكية مشتركة حتى اقتضت المصلحة العامة ذلك والدولة كثيرًا ما تعمد إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب لتحول دون تحكم واستغلال أصحابها لفئات الشعب الأخرى وتنتقل بذلك إلى الملكية الجماعية والتأميم غالبًا ما ينصب على وسائل الإنتاج وإن جاز أن يرد أحيانًا في حقل الاستهلاك تحقيقًا للعدل العام وهو العدل القائم على التوازن بين المراكز والقوى والحائل دون الجشع والاستئثار نزولاً عند مقتضيات المصلحة العامة.

٥) إقامة المسؤولية المدنية على فكرة تحمل التبعة أو على فكرة الضمان لا على أساس الخطأ الشخصي القائم على العقل والتمييز والصادر عن المتسبب بالضرر وهي مسؤولية ترتكز على عنصر الضرر وحده وترتب على من يلحق بغيره ضررًا مسؤولية التعويض عنه إلا إذا ثبت أن الضرر نتج عن سبب أجنبي. ومع ذلك فإن النزعة الاشتراكية في القوانين المعاصرة تكتفي بإقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر وحده في دائرة مصادر الخطر المشدد كمشاريع الصناعة وتؤسسها على مبدأ تحمل التبعة وبمقتضاه تترتب مسؤولية الشخص عن كل ضرر يصيب الغير ممن أسهم في نشاطه وكسبه استنادًا إلى أن العدل يقتضي أن يتحمل من نشط وأشرك غيره في نشاطه وكسبه تبعه هذا لنشاط والتعويض عن كل ضرر يصيب الغير أيًا كان مصدره باستثناء الضرر الناجم عن عمد المصاب أو عن قوة قاهرة وهي مسؤولية يطلق عليها اسم المسؤولية المادية ترتكز على فكرة العدالة وتتأسس على عنصر الضرر وحده وتقرها قلة من القوانين المعاصرة. كما أن بعض القوانين المعاصرة أقامت بعض صور المسؤولية المدنية كمسؤولية الشخص عن فعل غيره على أساس فكرة الضمان وهي مسؤولية تمكن من لحقه ضرر من الرجوع على الضامن سواء كان متبوعًا أو كان راعيًا وللضامن بعدئذ الرجوع على من تسبب في الضرر سواء كان تابعًا أو كان تحت رعاية الراعي إذا أثبت أن الضرر نشأ عن تعمد من تسبب فيه أو عن خطئه الجسيم على النحو الذي نص عليه القانون.

٦) ازدياد تدخل الدولة عن طريق القانون في دائرة الأحوال الشخصية فتخول الدولة لنفسها الحق في إضعاف سلطان الإرادة في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية من طريق التضييق في تفسير قواعد الدين أو الانحراف عن حكمها أحيانًا نزولاً عند مقتضيات المصلحة العامة. فتتدخل للحد من تعدد الزوجات أو منعه ولتقييد حرية الطلاق أو سلبها إلا في حالة الضرورة القصوى ولتحديد النسل ولتنظيم حق الحضانة أو الولاية ولمعاودة النظر في حق الميراث وجودًا أو تطبيقًا أو تعديلاً لأحكامه.



الفصل الثامن

موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧/ ٣٠ تموز) من المذهبين الفردي والاشتراكي

يقتضينا تبين التشريع العراقي المعاصر من المذهبين الفردي والاشتراكي أن نحدد موقف كل من الدستور العراقي المؤقت القائم وموقف القانون العراقي كذلك حيال المذهبين.

موقف الدستور العراقي المؤقت القائم من المذهبين:

إن الكفاح من أجل إقامة مجتمع اشتراكي يهدف لقانون إلى تحقيقه ودعمه أمر أكد عليه الدستور المؤقت الحالي الصادر من مجلس قيادة الثورة بالقرار المرقم ٧٩٢ والمتخذ في جلسته المنعقدة في ١٦/ ٧/ ١٩٧٠ والمنشور في العدد رقم ١٩٠٠ من الوقائع العراقية في ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ فقد نصت مادته الأولى على أن (العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة هدفه الأساس تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الاشتراكي) وقضت مادته العاشرة بأن (التضامن الاجتماعي هو الأساس الأول للمجتمع ومضمونه أن يؤدي كل مواطن واجبه كاملا تجاه المجتمع وإن يكفل المجتمع للمواطن كامل حقوقه وحرياته) وجاء في مادته الثانية عشرة: (تتولى الدولة تخطيط وتوجيه الاقتصاد الوطني بهدف: أ- إقامة النظام الاشتراكي على أسس علمية وثورية ب- تحقيق الوحدة الاقتصادية العربية) وورد في مادته الثالثة عشرة: (الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج الأسياسية ملك الشعب تستثمرها السلطة المركزي في الجمهورية العراقية استثمارا مباشرًا وفقًا لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني) ونصت الفقرة الأولى من المادة السادسة عشرة على أن (الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقًا لأحكام القانون) وقضت المادة التاسعة عشرة بما يأتي: (أ- المواطنون سواسية أما القانون دون تفريق بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو المنشأ الاجتماعي أو الدين. ب- تكافؤ الفرص لجميع المواطنين مضمون في حدود القانون) وورد في المادة السابعة والعشرين مايلي: (أ- تلتزم الدولة بمكافحة الأمية وتكفل حق التعليم بالمجان في مختلف مراحله الابتدائية والثانوية والجامعية للمواطنين كافة ب- تعمل الدولة على جعل التعليم الابتدائي إلزاميًا وعلى التوسع في التعليم المهني والفني في المدن والأرياف وتشجع بوجه خاص التعليم الليلي الذي يمكن الجماهير الشعبية من الجمع بين العلم والعمل) وقررت المادة التاسعة والعشرون (تعمل الدولة على توفير أسباب التمتع

بمنجزات المدنية الحديثة للجماهير الشعبية وتعميم المعطيات التقدمية للحضارة المعاصرة على المواطنين كافة) كما قررت المادة الثلاثون ما يأتي: (أ- الوظيفة العامة أمانة مقدسة وخدمة اجتماعية قوامها الالتزام المخلص الواعي بمصالح الجماهير وحقوقها وحرياتها ووفقًا لأحكام الدستور والقانون. ب- المساواة في تولي الوظائف العامة يكلفها القانون). وجاء في المادة الثانية والثلاثين ما يلي: (أ- العمل حق تكفل الدولة توفيره لكل مواطن قادر عليه ب- العمل شرف وواجب مقدس على كل مواطن قادر عليه تستلزمه ضرورة المشاركة في بناء المجتمع وحمايته وتطويره وازدهاره. جـ - تكفل الدولة تحسين ظروف العمل ورفع مستوى العيش والخبرة والثقافة لجميع المواطنين العاملين. د- تكفل الدولة توفير أوسع الضمانات الاجتماعية للمواطنين كافة في حالات المرض أو العجز أو البطالة أو الشيخوخة.

هـ - تعمل الدولة على إعداد المناهج وتأمين الوسائل الضرورية التي تمكن المواطنين العاملين من قضاء أجازاتهم في جو يساعدهم على تحسين مستواهم الصحي وتنمية مواهبهم الثقافية والفنية). وقضت المادة الثالثة والثلاثون بما يأتي: (تلتزم الدولة بحماية الصحة العامة عن طريق التوسع المستمر بالخدمات الطبية المجانية في الوقاية والمعالجة والدواء على نطاق المدن والأرياف) ونصت المادة السادسة والثلاثون على أنه: (يحظر كل نشاط يتعارض مع أهداف الشعب المحددة في هذا الدستور وكل عمل أو تصرف يستهدف تفتيت الوحدة الوطنية لجماهير الشعب أو إثارة النعرات العنصرية أو الطائفية أو الإقليمية بين صفوفها أو العدوان على مكاسبها ومنجزاتها التقدمية).

وواضح أن هذه المواد التي انتقيناها من الدستور وذكرناها والتي تناولت بالتحديد شكل نظام الحكم والأسس الاجتماعية والاقتصادية للجمهورية العراقية وبعض الحقوق والواجبات الأساسية جاءت متشبعة بالنزعة الاشتراكية هادفة إلى إعلاء شأن المصلحة العامة راسمة الخطوط العامة لإقامة مجتمع اشتراكي عراقي.

ومع ذلك فإن الاشتراكية التي رمى الدستور المؤقت إلى إقامة المجتمع على أسسها ليست في نظرنا الاشتراكية العلمية بمعناها الدقيق المطلق وإنما هي اشتراكية تتلقف من الاشتراكية العلمية كثيرًا من أسسها وملامحها وتتأثر بظروف المجتمع العراقي وقيمه وتؤمن بالفرد إلى مدى ما ولا أدل على ذلك مما جاء في المادة الرابعة من الدستور بنصها على أن: (الإسلام دين الدولة) وما ورد في مواد أخرى فيه اعتدت بحقوق الفرد وحرياته ولم تجز التضحية بها إلا استجابة لمقتضيات المصلحة العامة فقد جاء في المادة السادسة عشرة ما ياتي: (الملكية الخاصة

والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون على أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الاقتصادي العام.

ج- لاتنتزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون.

د- الحد الأعلى للملكية الزراعية يعينه القانون وما فاض من ذلك يعتبر ملكًا للشعب. وورد في المادة السابعة عشرة: (الإرث حق مكفول ينظمه القانون) وقضت المادة الخامسة والعشرون بما يأتي: (حرية الأديان والمعتقدات والشعائر الدينية مكفولة على أن لا يتعارض ذلك مع أحكام الدستور والقوانين وإن لا ينافي الآداب والنظام العام) ونصت المادة السادسة والعشرون على ما يأتي: (يكفل الدستور حرية الراي والنشر والاجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات وفق أغراض الدستور وفي حدود القانون. وتعمل الدولة على توفير الأسباب اللازمة لممارسة هذه الجمعيات لنشاطها التي تنسجم مع خط الثورة القومي والتقدمي).

موقف القانون العراقي من المذهبين الفردي والاشتراكي:

لقد حدد التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي طبيعة وأهداف ثورة ١٧ تموز سنة ١٩٦٨ بقوله: (إن ثورة السابع عشر من تموز سنة ١٩٦٨ هي في جوهرها وغايتها ثورة تحررية ديمقراطية اشتراكية وحدوية «ص١٣») والحق أن ثورة السابع عشر من تموز التي قادها حزب البعث العربي الاشتراكي تعتبر الاشتراكية ضرورة حاسمة لتحقيق تحرر الأمة العربية ووحدتها ونهضتها وتستهدف إلى نشر القيم الاشتراكية وتجسيدها ابتغاء زيادة الإنتاج وعدالة التوزيع والقضاء على أسباب الاستغلال ومظاهره ومحو الفوارق الطبقية والتقليل جهد المستطاع من الفوارق الاقتصادية وتصفية بقايا الطبقة الإقطاعية واسترداد ثروات الشعب التي نهبتها الإمبريالية والشركات الأجنبية الاحتكارية ولما كان القانون هو الانعكاس للأفكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع وهو الأداة الطبيعية بيد القيادة السياسية لتحقيق أهداف الثورة فقد أقدمت قيادة الحزب والثورة على قيادة عملية تغيير بعض التشريعات القائمة بصورة مستمرة وصدرت بالفعل قوانين ذات أهمية بالغة في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فأصدرت الدولة قانون الإصلاح الزراعي الجديد رقم (١١٧) سنة ١٩٧٠ الذي أحدث تغييرًا خطيرًا في ملكية الأراضي الزراعية وأدى إلى

توسع كبير في ملكية القطاع الاشتراكي وفي نطاق العمل صدر قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (١١٢) لسنة ١٩٦٩ الذي ألغى قانون (١٤٠) لسنة ١٩٦٤ وطور أحكامه.

ثم توجت المكاسب العمالية والتشريعات الاجتماعية للعمال بصدور قانون العمل الجديد رقم (١١٥) لسنة ١٩٧٠ الذي أحدث تغييرًا خطيرًا في الأحكام فغير من طبيعة عقد العمل وحقق للعمال مزايا هامة. وفي القطاع التجاري صدر القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٦٩ الذي يقضي بتأسيس مؤسسه عامة للتصدير تهتم بأموره ثم صدر قانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٠ الذي أنشأت الدولة بموجبه مجلسًا أعلى لتنظيم التجارة الداخلية والخارجية وخول مهمة رسم السياسة التجارية بما يكفل تطوير وحماية الاقتصاد الوطني ويمنع الاحتكار والتلاعب بالأسعار ويعمل على توفير السلع والخدمات للمواطنين بأسعار مناسبة.

وقد رافق إصدار هذين القانونيين إصدار جملة من الأنظمة والقرارات دعمت مركز القطاع الاشتراكي التجاري وقلصت مجالات القطاع الخاص. أما في قطاع النفط فقد شمخ العراق بحكمة قيادته وصموده واستطاع أن يسترد عزته وإن يسترجع ثروته النفطية التي عبثت بها الاحتكارات الأجنبية ونهبتها فقد أقدمت القيادة السياسية بعد طول مفاوضات ونفاذ صبر واستجابة منها إلى الشعور الوطني على إصدار قانون تأميم عمليات شركة نفط العراق رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٢ الذي وجه ضربة خطيرة إلى الاحتكار النفطي العالمي. وأرسى دعامه ثابتة من دعامات الاستقلال الاقتصادي والتطور الصناعي والكرامة الوطنية. ثم ما لبثت قيادة الحزب والثورة أن ألحقت بهذا القانون قوانين أعادت إلى الوطن بقية ثروته النفطية المنهوبة هي كل من قانون رقم (٧٠) لسنة ١٩٧٣ الذي تأممت بمقتضاه الحصة الشائعة في شركة نفط البصرة وقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٣ الذي تأممت بموجبة حصة شركة النفط الهولندية وقانون رقم (٢٠٠) لسنة ١٩٧٥ الذي أجهز على بقايا الاستغلال الأجنبي لنفطنا فأمم عمليات شركة نفط البصرة المحددة وقد تجاوزت تشريعات الثورة هذه المجالات إلى مختلف نواحي الحياة مستهدفه إقرار العدل واستئصال الاستغلال وترسيخ القيم. وكان من تشريعاتها الهامة قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ المعدل بقانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٦٨ والقانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ وقانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة كردستان المشمولة بالحكم الذاتي رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥ وقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥١) لسنة ١٩٧٦ وقانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية

رقم (١٣٧) لسنة ١٩٧٦. وقانون محو الأمية الإلزامي لسنة ١٩٧٨.

ومع التسليم بالأهمية البالغة للتشريعات المشار إليها والتي أصدرتها قيادة ثورة السابع عشر من تموز الخالدة إلا أن مسيرة الثورة نحو بناء المجتمع الاشتراكي ظلت تعرقلها طائفة من القيم المتخلفة التي تشبعت بها بعض التقنيات القائمة وفئة من التشريعات النافذة التي عبرت عن أيديولوجية الطبقات الحاكمة أو ذات النفوذ في عهد الرجعية والحق أن تحقيق أهداف الثورة في إقامة دولة عصرية ترتكز على نظرية قوية اشتراكية وديمقراطية شعبية تنبع من فهمنا وترتبط بظروفنا وأهدافنا وترعى الناصع من تراثنا. يقتضي خلق قيم ومفاهيم جديدة باتجاه تطور حضاري وإنساني معين تصاغ في قواعد قانونية ترسم الإطار التنظيمي للمجتمع الاشتراكي العربي الديمقراطي وتحكم تصرفات الإنسان الجديد الذي ينبغي أن يستوعب طبيعة التحولات الاجتماعية والاقتصادية الجارية في قطرنا ولذلك كان لابد من إجراء مسح للتشريعات النافذة وتقييمها لتحديد ما يمكن إبقاؤه أو تعديله أو إلغاؤه منها. وكان لا مفر من وضع الأسس والمبادئ التي ينبغي أن يقوم عليها القانون لينسجم وفلسفة الثورة ويستجيب لمتطلبات عملية التنمية القومية ويجعل في مسيرة الحياة الاجتماعية والاقتصادية نحو التغيير النوعي والكمي.

لقد هبت وزارة العدل بتوجيه من القيادة السياسية إلى العمل على إقامة نظام قانوني جديد متكامل يحقق التغيير في بنيه المجتمع القديم ويكفل الانطلاق نحو بناء المجتمع الاشتراكي العربي الديمقراطي فتألفت لجان برئاسة السيد وزير العدل ضمت نخبة من كبار رجال القانون. قضاة وأستاذة لمعالجة مجموعات تشريعية رئيسة هي التشريعات المدنية والتشريعات الجزائية والتشريعات الاقتصادية والتجارية والتشريعات الإدارية والسياسية وقد أسفر مجهود هذه اللجان الذي استغرق من الوقت زهاء عامين عن وضع ورقة عمل أصلاح النظام القانوني التي نوقشت في ندوة عامة من قبل رجال القانون في شهر شباط لسنة ١٩٧٦ وأقرت من قبل مجلس قيادة الثورة بقانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ الذي يجب على رجال القانون وطلابه كافة الاطلاع عليه وتفهم ما تضمنه من أسس ومبادئ وأهداف لقد حددت ورقة عمل أصلاح النظام القانوني أسس أصلاح النظام وأهدافه ووسائله وقيدت المشرع العراقي بكل ما احتوته من مبادئ وقواعد واضحت ركيزة يرتكز على مفاهيمها كل تقنين يصدر أو تشريع يسن ودعت إلى معاودة النظر في القوانين السائدة لإلغاء

ما لا يتفق وأهداف الثورة ومتطلبات التنمية القومية وتعديل ما يمكن تقويمه وإصدار ما يفي بمقتضيات الانتقال إلى الاشتراكية ويستكمل مقومات الديمقراطية الشعبية وقد تابعت وزارة العدل خطواتها بتشجيع وتوجيه من القيادة السياسية فانتقلت من مرحلة إعداد ورقة العمل بما تضمنت من أسس إصلاح النظام وأهدافه إلى مرحلة تنفيذ الإصلاح عن طريق التشريع فألفت اللجان الرئيسة لإعداد التقنينات الجديدة وفي مقدمتها التقنين المدني والتقنين العقابي ولسن طائفة من التشريعات الهامة وقامت بإصدار بعضها استهدفت منها تحقيق العدل وتبسيط الإجراءات ورعاية المصالح كقانون الإثبات الصادر سنة ١٩٧٩ وقانون الرعاية الاجتماعية لسنة ١٩٨٠ وقانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ وقانون النقل وقانون الشركات وقانون رعاية الأحداث الصادرة عام ١٩٨٣ كما صدر التقنين التجاري الجديد ونحن في انتظار صدور التقنينين الرئسين وهما القانون المدني وقانون العقوبات اللذين تم إعداد مشروعيهما.

يتضح مما تقدم أن العراق يعيش الآن مرحلة قانونية دقيقة تطوى فيها صفحة لتفتح صفحة أخرى في حياتنا القانونية القائمة وستنتهي بإصدار تقنينات قد تلغي التقنينات النافذة أو تجري فيها تعديلاً جزئيًا أو جذريًا وإن حلول هذه المرحلة يعتبر إيذانًا بالقضاء على القيم الاقطاعية والرأسمالية والقبلية والطائفية وخاتمة لحياة القوانين التي عبرت عن أيديولوجية الطبقات الرجعية وسخرت لخدمة مصالح الفئات المستغلة.

الباب الرابع

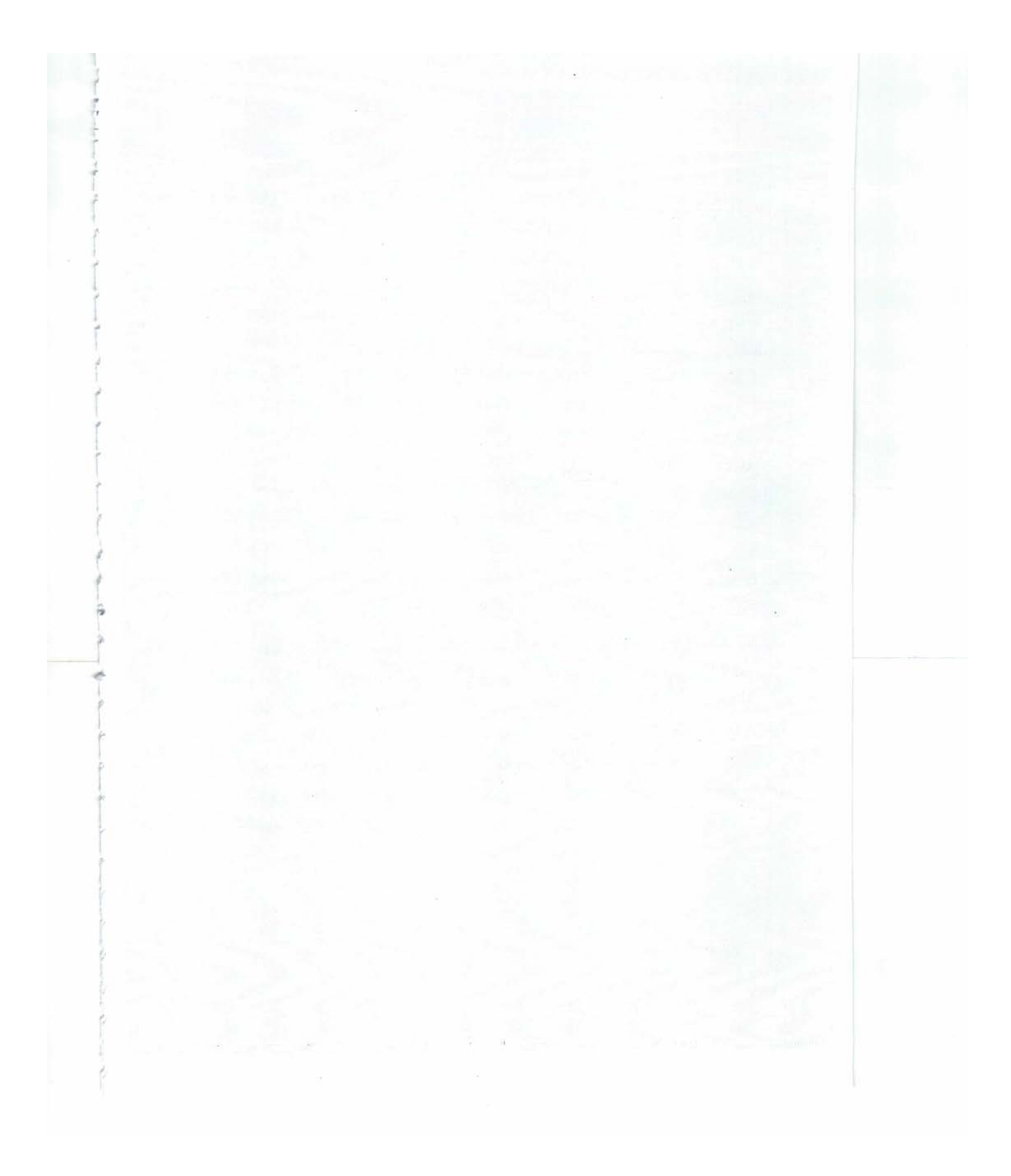
أقسام القانون

الفصل التاسع: فروع القانون
الفصل العاشر: تقسيمات قواعد القانون

تمهيد:

بالنظر إلى اختلاف طبيعة الروابط القانونية التي تحكمها قواعد القانون فقد قسمت القواعد القانونية إلى مجموعات متجانسة تحكم كل منها حقلاً من حقول النشاط القانوني وأطلق على كل مجموعة منها اسم فرع القانون كما أن قواعد القانون تقسم تقسيمات أخرى تختلف باختلاف الزوايا التي ننظر منها إليها فهي تقسم إلى مجموعات من حيث درجة إلزامها أو من حيث مصدرها أو من حيث النطاق الإقليمي أو من حيث موضوعها.

وسنوزع هذا الباب على فصلين. نعقد أولها للكلام في فروع القانون ونفرد ثانيها لعرض تقسيمات قواعد القانون.



الفصل التاسع

فروع القانون

يقصد بفرع القانون مجموعة القواعد التي تحكم حقلاً واحدًا من حقول الحياه الاجتماعية وتنظم روابط ذات طبيعة واحدة كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري؛ ذلك لأن كل منها يحكم جانبًا من جوانب الحياة الاجتماعية وتنظم قواعده روابط من طبيعة سواء وقد استقر في الفقه تقسيم تقليدي للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص وقد عرف الرومان هذا التقسيم فقد كانوا ينظرون إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام الذي يعلو على المصالح الخاصة وتترك الحرية للأفراد لتحقيق مصالحهم عند عدم تعارضها مع المصلحة العامة ولذلك ميزوا بين الروابط التي تظهر فيها الدولة طرفًا وبين الروابط التي تنشأ بين الأفراد وقد تضائل شأن هذا التقسيم في القرون الوسطى بسبب ضعف الدولة وسيادة الإقطاع وتعدد الهيئات صاحبة السلطان في المجتمع ثم ما لبث هذا التقسيم أن برز ثانية أبان سيادة المذهب الفردي منذ أواخر القرن الثامن عشر وإذا كان التقسيم التقليدي الثنائي للقانون يحظى بتأييد جانب كبير من الفقه المعاصر إلا أن ثمة اتجاهات برزت في الفقه الحديث تعارضه وسنعرض فيما يلي بالبحث الوجيز لكل من التقسيم الثنائي التقليدي وللاتجاهات المناهضة له.

التقسيم الثنائي التقليدي للقانون:

يناصر هذا التقسيم أغلب الفقه المعاصر وبمقتضاه يضم القانون قسمين رئيسين هما القانون العام والقانون الخاص ولكن الفقه اختلف في تحديد معيار للتمييز بينهما وأفضل معيار للتمييز بينهما في رأينا وهو معيار يؤيده الجانب الأكبر من مناصري التقسيم الثنائي هو المعيار الذي يعتد بعنصر السلطة العامة التي يتصف بها أحد طرفي الرابطة وفي ضوء ذلك نعرف الفرعين الرئيسين للقانون على النحو الآتي:

فنعرف القانون العام بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان في المجتمع طرفًا أما القانون الخاص فيعني مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الناشئة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصًا معنويًا عاديًا.

نتائج التمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

لما كان معيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص الذي يفضل غيره من المعايير هو تعلق الرابطة التي تحكمها قواعد القانون بحق السيادة ووجود الدولة أو إحدى هيئاتها باعتبارها صاحبة السلطة العامة في المجتمع طرفًا فيها فإن ثمة نتائج هامة تترتب على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أبرزها ما يأتي:

١) تتمتع السلطات العامة في الدولة بامتيازات يخولها لها القانون العام لا نجد نظيرها في القانون الخاص. منها حقها في إصدار قرارات تؤثر في حقوق ومراكز الأفراد تمكنها من فرض تكاليف على الأفراد كنزع ملكية عقار للمنفعة العامة أو الاستيلاء المؤقت على مال يملكه الأفراد ومنها حقها في التنفيذ المباشر خلافًا للأفراد الذين لابد لهم من الألتجاء إلى القضاء للوصول إلى حقوقهم ومنها أن السلطة العامة لا تقف على قدم المساواة مع الأفراد عند تعاقدها معهم إذ يخولها القانون حق توقيع الجزاء على من يخل من الأفراد بشروط التعاقد ولها أن تعدل في شروط العقد في حالات معينة.

٢) تخضع الأموال التي يملكها أشخاص القانون العام في الدولة لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم الأموال الخاصة للأفراد فلا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها كما لا يجوز تملكها بالتقادم وذلك ضمانًا لدوام المنفعة العامة التي خصصت هذه الأموال من أجل تحقيقها كما أن الأموال الخاصة التي تملكها الدولة تخضع لنظام قانوني يختلف عما يحكم ملكية الأفراد من نظام ويقترب من نظام الملكية العامة.

٣) تختلف أحكام مسؤولية أشخاص القانون العام ومسؤولية التابعين لهؤلاء الأشخاص عن الأحكام القانونية لمسؤولية أشخاص القانون الخاص.

٤) تخضع علاقات الدولة بعمالها لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تحكم علاقات أرباب العمل والعمال في القانون الخاص فلا يتمتع عمال المرافق العامة بحق الإضراب أو التوقف عن العمل وذلك ضمانًا لديمومة سير المرافق العامة خلافًا للعمال في نطاق القانون الخاص الذين تثبت لهم هذه الحقوق.

٥) ظهور قضاء مستقل عن القضاء العادي هو القضاء الإداري للفصل في المنازعات الناشئة في نطاق القانون العام ويتمتع القضاء الإداري بمكانة مرموقه في بعض الدول كفرنسا ومصر ويوصف بأنه قضاء إنشائي يبتدع الحلول القانونية ويعد من أهم مصادر القانون الإداري أما المنازعات في نطاق القانون الخاص فتخضع جميعها للقضاء العادي.

٦) لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد القانون العام لارتباطها بسيادة الدولة ولكونها جميعًا قواعد آمره أما قواعد القانون الخاص فيجوز الاتفاق على مخالفة البعض منها باعتبارها قواعد مكملة أو مفسرة للإرادة. وإن وجد من قواعد القانون الخاص ما يعتبر أمرًا لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

٧) يتم تفسير روابط القانون العام في ضوء المصلحة العامة دائمًا أما روابط القانون الخاص فيقوم تفسيرها في الأصل على التحري عن نية المتعاقدين.

فروع القانون العام:

إن الروابط التي تحكمها قواعد القانون العام تبدو في صور شتى فقد تنشأ الرابطة بين دولة وبين دولة أو دول أخرى وقد تنشأ الرابطة بين دولة وبين فرد وقد تنشأ بين هيئات الدولة الواحدة. ولذلك يتفرع القانون العام إلى فرعين رئيسين هما: القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي ومعيار التمييز بينهما هو دائرة نشوء هذه الروابط فإن تجاوزت الرابطة حدود إقليم الدولة اعتبرت من روابط القانون العام الخارجي. وإن نشأت في نطاق إقليم الدولة خضعت لقواعد القانون العام الداخلي.

أ- القانون العام الخارجي:

وهو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط التي تبدوا فيها الدولة طرفًا والتي تجاوز حدود إقليمها وينتظم القانون العام الخارجي فرعًا واحدًا من فروع القانون هو القانون الدولي العام.

تعريف القانون الدولي العام وتاريخ نشوئه:

يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الدول في حالتي السلم والحرب ويحكم نشوء المنظمات الدولية والإقليمية وعلاقاتها.

وينسب الفضل في نشوئه إلى الفقيه الهولندي جروشيوس الذي وضع جملة من القواعد التي تنظم الروابط بين الدول والتي استمدها من مبادئ القانون الطبيعي والأعراف الدولية وأصدرها في كتابه الشهير (قانون الحرب والسلم) سنة ١٦٢٥. ثم تنامت قواعده واتسع نطاقه وتعددت مصادره.

مضمونه:

يضم القانون الدولي العام الموضوعات الآتية:

١) **قانون السلم**: الذي يتناول ما يأتي: تعريف الدول من حيث تكوينها وبيان إقليمها وأنواعها بسيطة أو مركبة تامة السيادة أو ناقصتها ويبين حقوقها وواجباتها كحق الدولة في البقاء وحقها في الحرية والسيادة وحقها في المساواة والاحترام المتبادل مع الدول الأخرى ومسؤوليتها والتمثيل السياسي فيما بينها ودرجاته وأوضاعه والمعاهدات والاتفاقات والمؤتمرات وينظم العلاقات التجارية والثقافية والتعاون العلمي فيما بينها ويتناول بالبيان طرق فض النزاع بين الدول بالوسائل السلمية كالوساطة والتوفيق والتحكيم والمفاوضات واللجوء إلى القضاء الدولي كما يبين هذا القانون الأحوال التي تتعرض فيها الدولة للمسؤولية الدولية.

٢) **قانون الحرب**: ويتولى تنظيم الروابط الدولية عند نشوب الحرب فيبين حقوق وواجبات الدول المتحاربة في كيفية إعلان الحرب وسيرها ونهايتها والأسلحة الجائز استعمالها والأسلحة المحرمة ويحدد معنى كل من الحرب المشروعة وغير المشروعة وينظم طرق معاملة أسرى الحرب ومعاملة المدنيين في المناطق التي يتم احتلالها ويعني كذلك ببيان حقوق الدول المحايدة. وواجباتها وأحكام اتفاقات الهدنة والصلح وإنهاء الحرب.

٣) **قانون التنظيم الدولي أو المنظمات الدولية**: الذي يعني تنظيم المنظمات الدولية والإقليمية من حيث تشكيلها وأهدافها وإجراءاتها وعلاقتها فيما بينها أو علاقتها بمختلف الدول في أعبائها المالية وغير المالية وقد برزت أهمية هذه المنظمات وتكاثر عددها في الحقبة الأخيرة فظهرت عقب الحرب العالمية الأولى عصبة الأمم ومحكمة العدل الدولية الدائمة ومنظمة العمل الدولية. كما ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية هيئة الأمم المتحدة وما يتبعها من هيئات أو مجالس كمجلس الأمن ومجلس الوصاية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومحكمة العدل الدولية ومؤسسة الثقافة العالمية (اليونسكو) وبنك الإنشاء والتعمير ومنظمة رعاية الطفولة ووكالة غوث اللاجئين كما نشأ الكثير من المنظمات الإقليمية كمنظمة الجامعة العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية ومنظمة دول عدم الانحياز ومنظمة المؤتمر الإسلامي ومنظمة الدول الأوربية المشتركة ومنظمة الدول المصدرة للنفط (أوبك) ومنظمة الدول العربية المصدرة للبترول (أوابك).

مصادره:

أشارت كل من المادة السابعة من اتفاقيات لاهاي سنة ١٩٠٧ الخاصة بإنشاء محكمة الغنائم الدولية والمادة الثانية والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة سنة ١٩٢٠ والمادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية سنة ١٩٤٥ إلى المصادر الرسمية لقواعد القانون الدولي العام. فقد قضت الفقرة الأولى من المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن على المحكمة أن تطبق للفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقًا لأحكام القانون الدولي ما يأتي: حسب تسلسل الأهمية:

١) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفًا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

٢) العادات الدولية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه توافر الاستعمال.

٣) مبادئ القانون العام التي أقرتها الأمم المتحدة.

٤) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام على اعتبارهما مصدرين احتياطيين لقواعد القانون.

وقضت الفقرة الثانية من المادة نفسها بأن ما تضمنته الفقرة الأولى لا يخل بها للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقًا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.

يتضح مما تقدم أن مصادر القانون الدولي العام على نوعين أولهما المصادر الأصلية وهي: الاتفاقات الدولية والعادات الدولية ومبادئ القانون العام التي أقرتها الأمم المتحدة ومبادئ العدل والإنصاف على أن يتم الرجوع إليها بموافقة الأطراف وثانيها المصادر الاحتياطية وهما أحكام القضاء الدولي واراء فقهاء القانون العام في مختلف الأمم كما يتضح منه أن العرف الدولي يحل منزلة سامية بين المصادر الأصلية وأنه يلي الاتفاقات الدولية مرتبة.

ب- القانون العام الداخلي:

ويشمل القانون العام الداخلي فروع القانون الآتية:

أولا- القانون الدستوري:

تعريفه وتاريخ نشوئه: هو مجموعة القواعد القانونية الأساس التي تحدد شكل الدولة ونوع الحكومة وكيفية تنظيم سلطاتها العامة في تكوينها واختصاصها وعلاقتها فيما بينها

وتقرر حقوق الأفراد الأساس وعلاقتهم بالدولة وسلطاتها العامة ويعتبر القانون الدستوري القانون الأساس في الدولة الذي يتفوق على جميع تشريعتها منزلة فلا يجوز أن يخالفه أي قانون في الدولة أو تشريع فرعي.

وينسب الفضل في نشوئه إلى بعض فلاسفة القرن الثامن عشر الذين اتخذوا من مبادئ القانون الطبيعي أساسا لتنظيم الروابط بين الحكام وبين أفراد شعوبهم. ومن نظرية العقد الاجتماعي وسيلة لتصوير هذه الروابط وفي مقدمتهم الكاتب الفرنسي جان جاك روسو الذي ينسب إليه الفضل في وضع المفاهيم الديمقراطية وفي مقدمتها مبدأ سيادة الشعب في كتابه الشهير (العقد الاجتماعي) الذي نشره سنة ١٧٧٢.

مضمونه:

يشتمل القانون الدستوري على الموضوعات الآتية:

١) تحديد طبيعة وشكل الدولة موحدة كانت أم مركبة وتحديد نوع الحكومة جمهورية كانت أم ملكية ديمقراطية أم استبدادية رئاسية أم برلمانية.

٢) تنظيم السلطات العامة التي تتكون منها الدولة واختصاصاتها وهي ثلاث سلطات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية فقد يباشر السلطة التشريعية الشعب بنفسه كما هو الوضع في نظام الحكومة المباشرة وقد يباشرها عن الشعب شخص واحد أو هيئة تمثل الشعب. أما السلطة التنفذية فيباشرها رئيس الدولة بمعاونة حكومته أما السلطة القضائية فتباشرها المحاكم ويرسم علاقة هذه السلطات ببعض فقد يأخذ بمبدأ الفصل التام بين هذه السلطات. أو يأخذ بمبدأ التعاون فيما بينها.

٣) بيان الحقوق الفردية الأساس التي يتمتع بها الأشخاص في إقليم الدولة وهو ما يطلق عليه اسم حريات الأفراد أو الحريات العامة كالحرية الشخصية وحرية التملك وحرية الرأي وحرية العقيدة وحرية الاجتماع وحرية التنقل.

ويقرر مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة في جميع مزايا الحياة الاجتماعية التي توفرها الدولة للأفراد وفي التكاليف التي تفرضها عليهم كالخدمة العسكرية والضرائب.

مصادره: يعتبر العرف الدستوري المصدر الوحيد للدستور العرفي وإن جاز أن يضم إليه التشريع ويعتبر التشريع المصدر للدستور المكتوب وإن جاز أن تضم إليه الأعراف الدستورية.

ثانيًا - القانون الإداري:

تعريفه وتاريخ نشوئه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حركة السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها الإدارية وتحدد الوسائل التي تمكن الأفراد من حمل هذه السلطة على أداء واجبها في هذا المجال.

وينسب الفضل في نشوئه إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأته الدولة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ليختص بالقضاء الإداري.

مضمونه:

تقوم السلطة التنفيذية بوظيفتها الإدارية بتقديم الخدمات العامة للأفراد عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشؤها الدولة. وتنظمها وتديرها وتسمى هذه المشروعات بالمرافق العامة. وتتولى السلطة التنفيذية شؤون هذه المرافق العامة بواسطة الحكومة المركزية أو الهيئات الإقليمية أو المحلية. وتتأسس قواعد القانون الإداري على هذه الوظيفة لتشمل على الموضوعات الآتية:

١) تشكيل الجهاز الإداري من وزارات ومصالح وإدارات وأقسام وهيئات إقليمية ومؤسسات عامة. وعمال هذه الأجهزة المختلفة من موظفين وبيان حقوقهم وواجباتهم ورواتبهم وانتهاء خدمتهم وتأديبهم.

٢) بيان علاقة السلطة المركزية بالسلطات المحلية. فيحدد السلطات الادارية داخل الدولة وهي ثلاث سلطات: السلطة الإدارية المركزية والسلطة الإدارية المرفقية والسلطة الإدارية المحلية ويعرض القانون الإداري لنظام الحكم المحلي في شأن العلاقة بين السلطة الإدارية المركزية والسلطة الإدارية المحلية وتوجد وسيلتان لتنظيم هذه العلاقة أولاهما: وسيلة المركزية وثانيها اللامركزية.

٣) تحديد أنواع الخدمات العامة التي تقدمها السلطة التنفيذية والمرافق العامة التي تتولاها من حيث كيفية إدارتها واستغلالها وأداء الخدمات العامة عن طريقها والمبادئ العامة التي تخضع لها كمبدأ دوام سيرها.

٤) أموال المرافق العامة العقارية والمنقولة التي تستخدمها السلطات العامة في إدارة هذه المرافق فيحدد معنى المال العام وكيف تتغير صفته إلى مال خاص وبالعكس والنظام القانوني الذي تخضع له هذه الأموال وكيفية إدارتها والانتفاع بها.

٥) بيان الأعمال الإدارية فيحدد أولاً مفهوم القرارات الإدارية وأنواعها ويحدد ثانيًا الأعمال الإدارية المادية ويعرض أخيرًا للعقود الإدارية فيبين كيفية انعقاد العقد الإداري وشروطه وآثاره.

٦) تحديد امتيازات السلطة الإدارية وهي السلطة التقديرية وحق التنفيذ المباشر وحق الإدارة في نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد أو الاستلاء عليها مؤقتًا.

٧) القواعد المنظمة لكيفية الفصل في المنازعات التي تقوم بين الدولة وهيئاتها العامة وبين الأفراد في شأن نشاط الإدارة.

مصادره: تتحدد مصادر القانون الإداري بالتشريع والقضاء والعرف. وبالنظر لحداثة هذا القانون وقلة التشريع فيه فإن القضاء والعرف يعتبران من المصادر الرسمية الهامة له ويحتل القضاء الإداري منزلة سامية في نطاقه ويمكن القول أن القانون الإداري يصطبغ بصبغة قضائية فالقضاء ينهض ليسد نقص التشريع بما أوتي من حرية فيستخلص من المبادئ ما يراه للفصل في المنازعات المعروضة أمامه ويقوم مجلس الدولة في فرنسا ومصر صاحب الولاية العامة في قضايا الإدارية بما يمارسه من رقابة على المحاكم الإدارية على بلورة الاتجاهات وتوحيدها وصنع القواعد الإدارية استقرارها.

ثالثًا- القانون المالي:

تعريفه: هو مجموعة القواعد المنظمة لإيرادات الدولة وهيئاتها العامة ومصروفتها وإجراء الموازنة بينهما.

وقد كان القانون المالي يعتبر حتى عهد قريب ملحقًا بالقانون الإداري على اعتبار أنه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة باعتبارها سلطة عامة. ثم استقل بعدئذٍ ليبدو فرعًا من فروع القانون بالنظر لتعدد موضوعاته وتشعبها.

مضمونه: يشمل القانون المالي على الموضوعات الآتية:

١)بيان الموارد المختلفة من رسوم وضرائب وقروض وكيفية تحصيله وما يؤول إلى الدولة من استثمار أموالها أو ما تتصرف فيه من هذه الأموال.

٢)نفقات الدول وطرق الإنفاق ويشمل ما تنفقه الدولة على المرافق العامة التي تقوم بها كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء.

٣) القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية السنوية للدولة وفي تنفيذها وفي الرقابة على هذا التنفيذ.

مصادره: يعتبر التشريع المصدر الفرد للقانون المالي فلا يجوز فرض ضريبة أو جباية رسم إلا بنص تشريعي.

رابعًا القانون الجنائي أو القانون الجزائي:

ينقسم القانون الجنائي إلى قسمين هما قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية أو قانون الإجراءات الجنائية.

أ- قانون العقوبات أو القانون العقابي:

تعريفه: هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال المحرمة التي تعتبر جرائم وكيفية تحقق المسؤولية الجنائية وتحديد العقوبة المقررة لكل جريمة.

مضمونه: يشتمل قانون العقوبات على قسمين هما القسم العام والقسم الخاص أما القسم العام فيتناول القواعد العامة التي تسري على الجرائم كافة وتدور هذه القواعد حول الجريمة والمجرم والعقوبة ففيما يتعلق بالجريمة يتناول القسم العام بيان أنواعها وهي الجناية والجنحة والمخالفة كما يعرض لبيان أركانها وهي ثلاثة أولها الركن التشريعي ويعني نص القانون الذي يحرم الفعل إلا الامتناع عنه وثانيها الركن المادي ويعني كل سلوك إجرامي ينطوي على القيام بفعل حرمه القانون أو على الامتناع عن فعل أمر به القانون وثالثها الركن المعنوي ويعني القصد الجنائي أي توافر إرادة القيام بفعل أو الامتناع عنه لدى الجاني مع علمه بأن ما يقوم به محظور قانونًا وفيما يتعلق بالمجرم يبين القانون الأحوال التي يسأل فيها المجرم مسؤولية وأحوال تشديد هذه المسؤولية أما فيما يتعلق بالعقوبة فيتناول القانون بيان أنواعها وتدرجها وسقوطها والإعفاء منها.

أما القسم الخاص فيتناول بيان الجرائم المختلفة سواء وقعت على الدول أو على إحدى هيئاتها أو على الأفراد في أجسامهم أو أعراضهم أو أموالهم وهو يتناول كل جريمة أو مجموعة من الجرائم المتمثلة من حيث طبيعتها بالأحكام على انفراد.

ب - قانون أصول المحاكمات الجزئية أو قانون الإجراءات أو المرافعات الجنائية:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع

الجريمة حتى تمام تنفيذ الحكم الصادر فيها تطبيقًا لأحكام قانون العقوبات.

مضمونه: يشتمل قانون أصول المحاكمات الجزائية على الموضوعات الآتية:

١) كيفية التحري وجمع الاستدلالات والأشخاص المنوط بهم ذلك وسلطاتهم.

٢) مرحلة التحقيق والجهة المناط بها وسلطاتها وكيفية تصرفها في الأوراق.

٣) بيان المحاكم المختصة وكيفية تشكيلها وإجراءات رفع الدعوى إليها وكيفية سير الدعوى أمامها وسلطتها في إصدار الأحكام وشكل هذه الأحكام وطرق الطعن فيها.

٤) كيفية تنفيذ العقوبة التي تصدر بها الأحكام.

مصادر القانون الجنائي:

يعتبر التشريع المصدر الفرد لقواعد القانون الجنائي بقسميه وهما القانون العقابي وقانون أصول المحاكمات الجزائية.

فروع القانون الخاص:

يضم القانون الخاص فروعًا كثيرة أهمها ما يأتي:

أولا: القانون المدني:

تعريفة: يعتبر القانون المدني والقانون الجنائي أقدم فروع القانون كافة وقد استقرت قواعدهما في مختلف الشرائع القديمة. ويعتبر القانون المدني وقد أطلق عليه الرومان هذه التسمية عماد القانون الخاص وأصل فروعه ولذلك فإنه يعرف في الغالب بنفس تعريف القانون الخاص.

ويسعنا القول أن القانون المدني في الأنظمة القانونية الغربية يعني: مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الخاصة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصًا معنويًّا عاديًّا سواء كانت روابط أسرة أو معاملات مالية. ولما كان القانون المدني في الأنظمة العربية يقتصر على حكم المعاملات المالية فإن في وسعنا تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المالية بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصًا معنويًّا عاديًّا.

أهميته: قلنا قبل قليل أن القانون المدني هو عماد القانون الخاص والواقع أن القانون المدني عند نشوئه كان مرادفا في المعنى للقانون الخاص ثم اقتطعت جوانب منه بتأثير من تطور المجتمع وتعقد العلاقات القانونية لتحكمها قواعد أخرى أطلقت عليها تسميات تختلف باختلاف طبيعة الروابط التي تنظمها هي فروع القانون الخاص ولايزل القانون المدني محور

القانون الخاص ويمارس في نطاقه دورًا هامًّا نتيجة فيما يلي:

١) أنه يتضمن المبادئ والأحكام العامة التي تنطبق على سائر فروع القانون الخاص.

٢) يتعين الرجوع إلى قواعده في الحالات التي تفتقد فيها النصوص في فروع القانون الخاص.

٣) وقد تحيل بعض فروع القانون الخاص حكم مسائل معينة إلى قواعد القانون المدني.

٤) وقد يتضمن القانون المدني القواعد المتعلقة ببعض هذه الفروع فقواعد القانون الدولي الخاص تتصدر بعض القوانين المدنية كالقانونين المدنيين العراقي والمصري.

مضمونه: يضم القانون المدني في الأصل قسمين رئيسين هما: الأحوال الشخصية والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

أما الأحوال الشخصية: فتعني مجموعة القواعد التي تحكم شخصية الفرد وأهليته وتنظم روابطه بأسرته فهي تشمل ما يأتي:

١) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية ومميزاتها من اسم وحالة موطن وحكم أهليته سواء كانت أهلية وجوب أو أداء.

٢) تنظيم روابط الفرد بأسرته ابتداء من لحظة الميلاد حتى الوفاة. فيشمل هذا التنظيم مسائل النسب من بنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع ومسائل تصحيح النسب والتبني كما يشمل المسائل المتعالقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر والنفقة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق ويشمل كذلك أحكام النفقة بين الأقارب والأصهار والولاية والوصاية والقوامه والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتًا.

٣) ويتضمن القواعد المتعلقة بمسائل المواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وإذا كانت الأحوال الشخصية تعتبر جزءًا من القانون المدني في قوانين الغرب فإنها تخرج عن نطاقه في الدول العربية التي أصدرت تقنينات مدنية قصرت أحكامها على المعاملات المالية أما الأحوال الشخصية فقد بقيت تحكم من قبل الشريعة الإسلامية مباشرة في بعض الدول الإسلامية ومن قبل القوانين الوضعية في الدول العربية والإسلامية التي أصدرت تقنينات تحكم هذه المسائل. وفي العراق يحكم الأحوال الشخصية قانون الأحوال الشخصية

رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الذي لحقته تعديلات كثيره ولذلك يعتبر قانون الأحوال الشخصية في الدول العربية مستقلاً عن القانون المدني ويبدو فرعًا قائمًا بذات من فروع القانون الخاص ولقواعده مصدران أولها: التشريع وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي الفرد له. وثانيهما: مبادئ الشرعية الإسلامية التي تعتبر المصدر الرسمي الثاني لأحكامه.

أما الأحوال العينية: فتعني مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بغيره من حيث المال والمال في لغة القانون هو: كل حق ذي قيمة مالية يقره القانون للشخص وتبدو الحقوق المالية على نوعين هما: الحقوق الشخصية والحقوق العينية. أما الحق الشخصي أو الالتزام فيعني رابطه بين طرفين دائنًا ومدينًا يخول بمقتضاها أحدهما مطالبة الآخر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهو يتكون من ثلاثة عناصر: صاحب الحق أو الدائن، ومن عليه الحق أو المدين، ومحل الحق وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه فيتناول القانون المدني في دائرة الالتزمات البحث في نشوء الالتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضائه كما يعرض لأنواع العقود المسماة والتي تعد أحكامها تطبيقًا للقواعد العامة في الالتزامات أما الحق العيني فهو سلطة مباشرة لشخص معين على مال معين بالذات ويتحلل إلى عنصرين هما صاحب الحق ومحل الحق ويقصد به الشيء موضوع الحق ويتناول القانون المدني في دائرة الحقوق العينية تعريف المال وبيان أنواعه والحقق التي ترد عليه وأنواعها وكيفية اكتسابها وفقدها وهو يعرض لبيان الحقوق العينية الأصلية والتبعية ويقصد بالحق العيني الأصلي الحق الذي يستقل بذاته دون اعتماد على حق آخر كحق الملكية والحقوق التي تتفرع عنه أما الحق العيني التبعي فيعني الحق الذي لا يستقل بذاته وإنما يستند إلى حق شخصي سابق له وينشأ لقصد ضمان الوفاء به كحق الرهن وحق الامتياز.

وفي العراق يختص القانون المدني بحكم المعاملات المالية فحسب كما ذكرنا وقانوننا المدني القائم هو القائم رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والذي صدر في ١٨ أيلول عام ١٩٥١ واعتبر نافذًا بعد سنتين من تاريخ نشره وقد اتخذ من الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري مصدرين تأريخين له. وجاء على نمط القانون المدني المصري من حيث تبويبة وترتيبة فضم بابًا تمهيديًا وقسمين أما الباب التمهيدي فقد وزع على فصول ثلاثة أفرد أولها لكلام في تطبيق القانون وعقد ثانيها للكلام في الأشخاص طبيعيين أو معنويين، وخصص ثالثها للكلام في الأشياء والأموال والحقوق وقد تضمن الفصل الأول فرعين سمي أولهما بالأحكام العامة وفيه أشار المشرع إلى مصادر القانون المدني العراقي وعنون ثانيها بتنازع القوانين عند التطبيق وخصص

التقرير القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان أما القسمان فقد أفرد أولهما للحقوق الشخصية أي الالتزامات، وكرس ثانيهما للحقوق العينية وقد توزع كل قسم على كتابين فخصص الكتاب الأول لنظرية الالتزام، وعقد الثاني للعقود المسماة، واختص الكتاب الثالث بالحقوق العينية الأصلية واستأثر الرابع بالحقوق العينية التبعية.

مصادر القانون المدني:

يعتبر التشريع والعرف مصدرين رسميين للقانون المدني وقد أضافت كثير من القوانين الغربية المعاصرة إليهما مصدرًا ثالثًا تفاوتت تسميته فسمي بمبادئ القانون الطبيعي وسمي بقواعد العدالة وسمي كذلك بمبادئ القانون الطبيعي قواعد العدالة وأضافت القوانين المدنية العربية إلى هذه المصادر الثالث مصدرًا رابعًا هو مبادئ الشريعة الإسلامي وإن اختلفت في تحديد مرتبتها بين المصادر فجعلها التقنين المدني السوري في المرتبة الثانية بعد التشريع وجعلتها التقنيات المدنية العربية الأخرى في المرتبة الثالثة التي تلى العرف والمصادر الرسمية للقانون المدني العراقي هي من حيث تسلسل أهميتها التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة.

ثانيًا القانون التجاري:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية وروابط التجار فقواعده لا تطبق إلا بين تجار وفي علاقة تجارية وهي تقوم على الرغبة في التبسيط توخيًا للسرعة وعلى الائتمان لقيام التجارة على الثقة وقد أدى اتساع التجارة الخارجية إلى الرغبة في توحيد قواعد القانون التجاري مما أدى إلى قيام اتفاقات دولية تتعلق ببعض مسائله.

مضمونه: يشتمل القانون التجاري على الموضوعات الآتية:

١) تحديد وبيان الأعمال التجارية وتحديد معنى التاجر والشروط الواجب توافرها فيه وبيان الالتزامات والواجبات المفروضة عليه كمسك الدفاتر التجارية وغيرها.

٢) بيان أنواع العقود التجارية كعقود الشركات مع بيان أنواعها وأحكام عقود السمسرة التجارية والبورصات التجارية وعقد الرهن التجاري وعقد الوكالة بالعمولة.

٣) بيان أحكام الأسهم والأوراق التجارية وتنظيم أعمال المصارف.

٤) تنظيم أحكام الإفلاس التجاري من حيث إشهاره وما يتعلق به وأحكام الصلح الواقي من الإفلاس وتصفيه أموال التفليسة ورد اعتبار المفلس.

إن القانون التجاري النافذ المفعول في العراق هو القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي اشتمل على ستة أبواب هي الآتية:

١) أسس القانون ونطاق سريانه.

٢) الأعمال التجارية والتاجر.

٣) الأوراق التجارية وهي الحوالة التجارية (السفتجة) والسند للأمر (الكمبيالة) والشيك.

٤) العقود التجارية كالرهن التجاري والإيداع في المستودعات العامة والحساب الجاري.

وحكم العمليات المصرفية كوديعة النقود وإجارة الخزائن والنقل المصرفي والاعتماد للحسب على المكوف والاعتماد المستندي والخصم وخطاب الضمان.

٥) البيوع الدولية.

٦) أحكام ختامية.

أما الموضوعات التجارية الأخرى فقد ترك حكمها لتشريعات أخرى صدر بعضها كقانون الشركات وسيأخذ البعض الآخر طريقة إلى الإصدار.

مصادره: نصت المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على ما يأتي:

أولا: يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص.

ثانيًا: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر.

يتضح من ذلك أن هناك مصدرين للقواعد التجارية بمقتضى هذا القانون أولهما: النصوص التشريعية التجارية وثانيهما: نصوص القانون المدني التي ينبغي الرجوع إليها عندما يفتقد القاضي النص التجاري.

وقد ألغى القانون التجاري العراقي الجديد قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته وما نص عليه من مصادر رسمية للقانون التجاري فقد جاء في المادة الثانية من قانون التجارة الملغي ما يأتي:

١- تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين فإذا لم يوجد

اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري ويرجح العرف الخاص على العرف العام.

٢- وإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

٣- ولا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية إلزامية.

ويفهم مما تقدم أن قانون التجارة العراقي الجديد أغفل ذكر العرف التجاري بين المصادر الرسمية للقانون مع أن أكثر القوانين التجارية المعاصرة تعتد به ويذهب كثير من الفقهاء إلى التسليم بقوة العرف وإلى قدرة العرف التجاري على إلغاء نص تشريعي إذا لم يتعلق بقاعدة آمره عند تعارضهما. ومع ذلك فإن قانوننا التجاري القائم إذا كان قد أغفل ذكر العرف بين المصادر الرسمية لقواعده فإنه لم يهمل أثره أو أثر الاتفاقات في حكم بعض المسائل ذلك لأن القانون المدني العراقي الذي جعله المشرع التجاري المصدر الرسمي الثاني كثيرًا ما يحيل إلى الأعراف وإلى الاتفاقات حكم مسائل معينة.

ثالثًا - قانون المرافعات: ويسمى كذلك أصول المحاكمات المدنية أو الحقوقية أو قانون المرافعات المدنية التجارية أو قانون المرافعات المدنية.

تعريفه: هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي يتبعها الفرد للوصول عن طريق السلطة العامة إلى حماية حقوقه الخاصة المقررة في القانون المدني أو التجاري ولذلك فهو يعتبر قانونًا شكليًا أو إجرائيًا.

مضمونة: يشتمل هذا القانون على الموضوعات الآتية:

١) التنظيم القضائي وذلك ببيان الجهات القضائية المختلفة من حيث تشكيل المحاكم والأحكام الخاصة برجال القضاء والنيابة أو الادعاء العام ومعاوني القضاء من محامين وكتبة وخبراء ومترجمين وغيرهم.

٢) قواعد الاختصاص الولائي والنوعي والقيمي والمحلي.

٣) إجراءات رفع الدعوى وكيفية سيرها والحكم الصادر فيها وطرق الطعن فيه.

٤) إجراءات تنفيذ الأحكام.

ويسمى هذا القانون في العراق الآن بقانون المرافعات المدنية وتخضع جميع القواعد السالفة الذكر لقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ولا مصدر لقواعد المرافعات غير التشريع.

رابعًا: القانون الدولي الخاص:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في نزاع نشأ بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها سواء كان طرفًا في الرابطة أو كان محلها أو كان السبب المنشئ لها. كما تحكم قواعده مسائل الجنسية ومركز الأجانب في الدولة.

مضمونة: يشتمل القانون الدولي الخاص على حكم المسائل الآتية:

١) تكييف الروابط القانونية التي تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها. وما إذا كانت روابط أحوال شخصية أو أحوال عينية ذلك لأن قواعد الإسناد أو الإحالة ترد على قواعد الروابط الشخصية أو المالية عمومًا.

٢) تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الذي يثور حول الروابط المتميزة بعنصر أجنبي من بين المحاكم التي تتنازع الاختصاص القضائي بشأنها.

٣) تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الرابطة من بين القوانين التي تتنازع حكمها.

٤) قواعد الجنسية: فتبين أركان الجنسية وشروط اكتسابها وكيفية اكتسابها أو فقدها.

٥) القواعد التي تحدد مركز الأجانب في الدولة وما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات.

والحق أن القانون الدولي الخاص بمعناه الدقيق يقتصر على مسائل التنازع أما موضوعي الجنسية ومركز الأجانب فقد الحقا به لأن التنازع يثيرهما فتطبيق قانون الجنسية وقانون الموطن يثير مسألتي الجنسية والمواطن دون أن يعني ذلك أنهما من صميم موضوعات القانون الدولي الخاص يؤكد ذلك ما جاء في المادة (٣١) من القانون المدني العراقي التي قصرت معنى القانون الدولي الخاص على قواعد الإسناد بقولها: (إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًّا هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون أن تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

طبيعته ومصادره: يتميز هذا الفرع بحداثة عهده فلا يجاوز عمره الستة قرون. وقد نشأت قواعده بسبب تشابك العلاقات بين أفراد الدول واستقرار كثير من الأجانب في دولة ما وظهور العلاقات التي تتميز بعنصر أجنبي فيها سواء كان طرفًا في الرابطة أو كان محل نشوئها أو كان محل تنفيذها أو كان موضوعها فإذا كانت الرابطة القانونية وطنية بعناصرها (السبب

المنشئ لها ومحلها وأطرافها) طبق على النزاع بشأنها القانون الوطني. أما إذا شاب الرابطة عنصر أجنبي فإن قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تتولى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق لحسمه. فإذا تحدد القانون الواجب التطبيق وطنيًّا كان أم أجنبيًّا طبقته المحكمة وتتميز قواعد القانون الدولي الخاص بالخصائص الآتية:

١) أن أكثرها يبدوا في صورة قواعد إسناد أو إحالة غرضها تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق دون أن تضم أحكاما موضوعية تطبق على النزاع المعروض.

٢) أن قواعده من قواعد القانون الخاص لأنها تنظم روابط خاصة بين الأشخاص وهي قواعد وطنية ذلك لأن لكل دولة قواعدها الخاصة لحكم مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين ومسائل الجنسية ومركز الأجانب. فلا توجد قواعد دولية تلتزم جميع الدول باتباعها في هذا الشأن أما لفظ (الدولي) الذي يقترن به هذا القانون فيشير إلى العنصر الأجنبي الذي تتميز به هذه الرابطة لا سيما بالنسبة لأطرافها.

٣) أن قواعد لم تقنن في تشريع جامع لقلتها فهي تدرج عادة وفي أكثر الدول في قوانينها المدنية وقد تصدرت قواعد القانون الدولي الخاص القانون المدني العراقي الذي خصص لها الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب التمهيدي وأدرجها تحت عنوان (تنازع القوانين عند التطبيق) يتضح من ذلك أن التشريع يعتبر المصدر الفرد لقواعد القانون الدولي الخاص.

الاتجاهات المعارضة للتقسيم الثنائي التقليدي:

تعرض التقسيم التقليدي للنقد وتوزع المعارضون له على اتجاهين نادى أولهما بتقسيم ثلاثي للقانون يحل محل التقسيم الثنائي، ونادى ثانيهما بوحدة القانون منكرًا تقسيم القانون إلى عام وخاص وسنتناول هذين الاتجاهين بالبيان الوجيز فيما يلي:

التقسيم الثلاثي للقانون:

رأى بعض الفقهاء أن من المتعذر إدراج جميع فروع القانون في تقسيم الثنائي التقليدي وذلك لأن من هذه الفروع ما يجمع بين نوعين من القواعد طبقًا للمعيار الراجح السالف الذكر للتمييز بين القانون الخاص والعام. منها ما يتصل بالقانون الخاص ومنها ما يرتبط بالقانون العام ولذلك نادى بعضهم بتقسيم ثلاثي للقانون هو القانون العام والقانون الخاص والقانون الاجتماعي الذي يجمع بعض فروع القانون كقانون العمل والتأمين وغيرهما من القوانين الاجتماعية ولكن أكثرهم نادى بتقسيم ثلاثي آخر هو تقسيم القانون إلى قانون عام

وقانون خاص وقانون مختلط ولما كان هذا التقسيم الأخير هو الراجح في أوساط بعض الفقه المعاصر فسنقف عنده قليلاً لقد استبعد هذا التقسيم الثلاثي جملة من فروع القانون التي تدرج ضمن القانون العام والقانون الخاص من نطاقيها وراء جمعها في فرع مستقل أطلقوا عليه اسم القانون المختلط[1].

أما القانون العام في رأيهم فيشمل القانون الدولي العام وهو القانون العام الخارجي كما يشكل أكثر فروع القانون العام الداخلي وهي القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي.

أما القانون الخاص فيضم فرعًا واحدًا هو القانون المدني، وأما القانون المختلط فيجمع الفروع التي كانت موزعة على القسمين السابقين غير أن من هذه الفروع ما يبدو خليطًا من القواعد الموضوعية التي تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص كالقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي والقانون الزراعي وقانون العمل وقانون التأمين الاجتماعي ويطلق على هذه الفروع اسم القانون المختلط الموضوعي ومن هذه الفروع ما لا تتصل قواعدها بالموضوع وإنما تأتي منظمة للجزاء الذي تتضمنه فروع القانون المختلفة الموزعة بين القانون العام والقانون الخاص فتأتي قواعدها لخدمة القانون العام والخاص معًا وتسمى القانون المختلط الجزائي والإجرائي، والجزائي يشتمل على قواعد موضوعية لمعاقبة من يخالف قواعد القانون أيًا كان الفرع الذي تنتمي إليه مخالفة تتوافر فيها إركان الجريمة ومنها ما يجمع بين قواعد القانون العام وبعض قواعد القانون الخاص ذات الطبيعة الدولية. كالقانون الدولي الخاص الذي يجمع بين القواعد الوثيقة الصلة بالقانون العام كمسائل الجنسية ومركز الأجانب وعلى قواعد تتصل بالقانون الخاص كقواعد الإسناد أو الإحالة التي تحدد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق من بين قوانين تتنازع حكم الموضوع ويتميز القانون الدولي الخاص عن القانون المختلط الموضوعي بأن العلاقات التي يحكمها تشتمل على عنصر أجنبي وليست علاقات وطنية ولذلك يحسن تسميته باسم القانون المختلط الدولي.

ويبدو لي أن هذا التقسيم الثلاثي منطقي إذ يخرج كثيرًا من الفروع التي تختلط فيها قواعد القانون العام والخاص من نطاقيها بالرغم من ادعاء أنصار لتقسيم الثنائي التقليدي بأن العبرة من تقسيم القانون إلى عام وخاص تكمن في الاعتداد بالغرض الأساس والصفة الغالبة في القواعد فإن كانت هذه القواعد في صفتها الغالبة تتعلق بتنظيم السلطة العامة وحق

---

(١) انظر. المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني. د. رمضان ابو سعود ص ٨٣.

السيادة في المجتمع اعتبرا من قواعد القانون العام وإلا دخلت في نطاق القانون الخاص.

وحدة القانون في الفكر الاشتراكي:

يعتبر التقسم الثنائي التقليدي جزءًا من التراث الروماني وقد تلقفه المجتمع اللاتيني والجرماني بتأثير من غلبة النزعة الفردية فيها فجاء التقسيم يحمي الحقوق الخاصة في نطاق القانون الخاص ويغلب المصلحة العامة حيث تظهر الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفًا في نطاق القانون العام.

وقد وقف الفقه الاشتراكي مناوءًا لهذا التقسيم فالقانون الاشتراكي في نظر فقهائه هو[1] مجموعة قواعد السلوك التي تخلقها أو تقرها الدولة الاشتراكية طبقا لقوانين التطور الاجتماعي الموضوعية وهي تتفق ومصالح الشغيلة وتتحد بظروفهم الحياتية وتعبر عن إرادتهم في الدفاع عن مصالحهم ويجري تطبيقها بقوة الدولة القسرية بهدف توطيد وتطوير النظام الاشتراكي وبناء مجتمع خال من التطبقات والفقه الاشتراكي ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص للاعتبارات الآتية:

١) إن البناء الاقتصادي لمجتمع ما هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقات القانونية داخل المجتمع ولذلك يبدو القانون الخاص تابعًا للقانون العام الذي يضفي الشكل القانوني على هذا البناء الاقتصادي.

٢) لما كان القانون في جوهره وبجميع فروعه يعتبر انعكاسًا للتنظيم الاقتصادي للمجتمع فالقانون يبدو كلاً لا يتجزأ من حيث طبيعته ولا محل لتقسيمه إلى قانون عام وخاص.

٣) إن قاعد القانون بمعناها الدقيق هي تلك القواعد التي تفرض بصرامة على الكافة من قبل السلطة السياسية من أجل ضمان مصالحها وديمومة حكمها. فالصلة وثقى بين القانون وبين الإكراه والقانون مظهر من مظاهر السياسة وهو أداة بيد السلطة السياسية لتطبيق فلسفتها وتحقيق لطموحاتها ولذلك لا محل لما يسمى بالقانون الخاص البعيد عن كل اهتمام سياسي وصيغة سياسية.

٤) استنكار ما يجره تقسيم القانون إلى عام وخاص من حيث قواعد التنفيذ والتفسير التي تخضع لها الروابط القانونية حسب انتمائها إلى أي من هذين القسمين ذلك لأن الروابط القانونية في نظر المذهب الاشتراكي من طبيعة سواء فلا وجود لرابطة تقوم بين فردين بعيدة

---

(١) انظر. نظرية القانون الاشتراكي. صفاء الحافظ ص ٢١.

عن الجماعة ورقابتها ولا وجود لحقوق تنبعث من روابط فردية تستقل بوجودها عن المصلحة العامة كي يخضع تنفيذ وتفسير بعضها طبقًا لما قصدته الإدارة ويجري تفسير وتنفيذ البعض الآخر من الروابط في ضوء المصلحة فالحقوق الفردية و ظائف اجتماعية والروابط الشخصية سبيل لتنظيم الحياة الاجتماعية ونتيجة حتمية لها. وعليه فإن الدولة على اعتبارها صورة المجتمع الحديث المنظم تنظيمًا سياسيًا طرف في كل رابطة قانونية وينبغي أن يستهدي بالصالح العام الذي يتسع مفهومه في الفكر الاشتراكي في تفسير هذه الروابط وتنفيذها.

ومع ذلك فإن الفكر الاشتراكي إذا كان ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص ويرفض معيار التفرقة بينهما ويرى أن القانون هو القانون العام ولا وجود للقانون الخاص إلا أنه يبقي على تقسيمات القانون من حيث الشكل فتقسيمات القانون في الدول الاشتراكية تكاد تكون نفس التقسيمات المعروفة في الدول الغربية مع بعض وجوه الاختلاف كاستقلال قانون الأسرة عن القانون المدني في الدول الاشتراكية وكاختفاء القانون التجاري فيها وكوجود بعض فروع القانون غير المعروفة في قوانين الغرب كقانون التعاونيات الزراعية وقانون السكن والقانون الاقتصادي غيرى أنها جميعًا تعتبر جزءًا من القانون العام. وغني عن الذكر أن فروع القانون إذا كانت تحمل في الدول الاشتراكية والدول الغربية نفس التسميات إلا أن القضايا التي تشكل موضوع هذه الفروع تختلف تمامًا بين المجتمعين وذلك بسبب اختلاف البناء الاقتصادي والفلسفة الاجتماعية والسياسية.

موقف قانون إصلاح النظام القانوني العراقي من التقسيم الثنائي للقانون:

لقد صدر قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ متشبعًا بالمبادئ التي يؤمن بها حزب البعث العربي الاشتراكي مرتكزًا على الأسس والمفاهيم التي تضمنها التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي داعيًا إلى إعادة النظر في التشريعات النافذة من حيث أسسها ومبادئها ابتغاء دعم المفاهيم الاشتراكية والتأكيد على القيم الأخلاقية الاشتراكية في تنفيذ وتفسير الروابط القانونية وضمان التحول التدريجي للعلاقات القانونية من الإطار الفردي إلى الإطار الاشتراكي.

إن من أبرز أهداف قانون أصلاح النظام القانوني الذي ينبغي أن ترتكز عليها مبادئ وأحكام التشريعات العراقية بعد مسح التشريعات النافذة وإعادة النظر فيها وإلغاء وتعديل

بعضها وإصدار تشريعات جديدة تفي بمتطلبات المجتمع العراقي المتطور مما يتعلق به بحثنا في تقسيم القانون هما[1]:

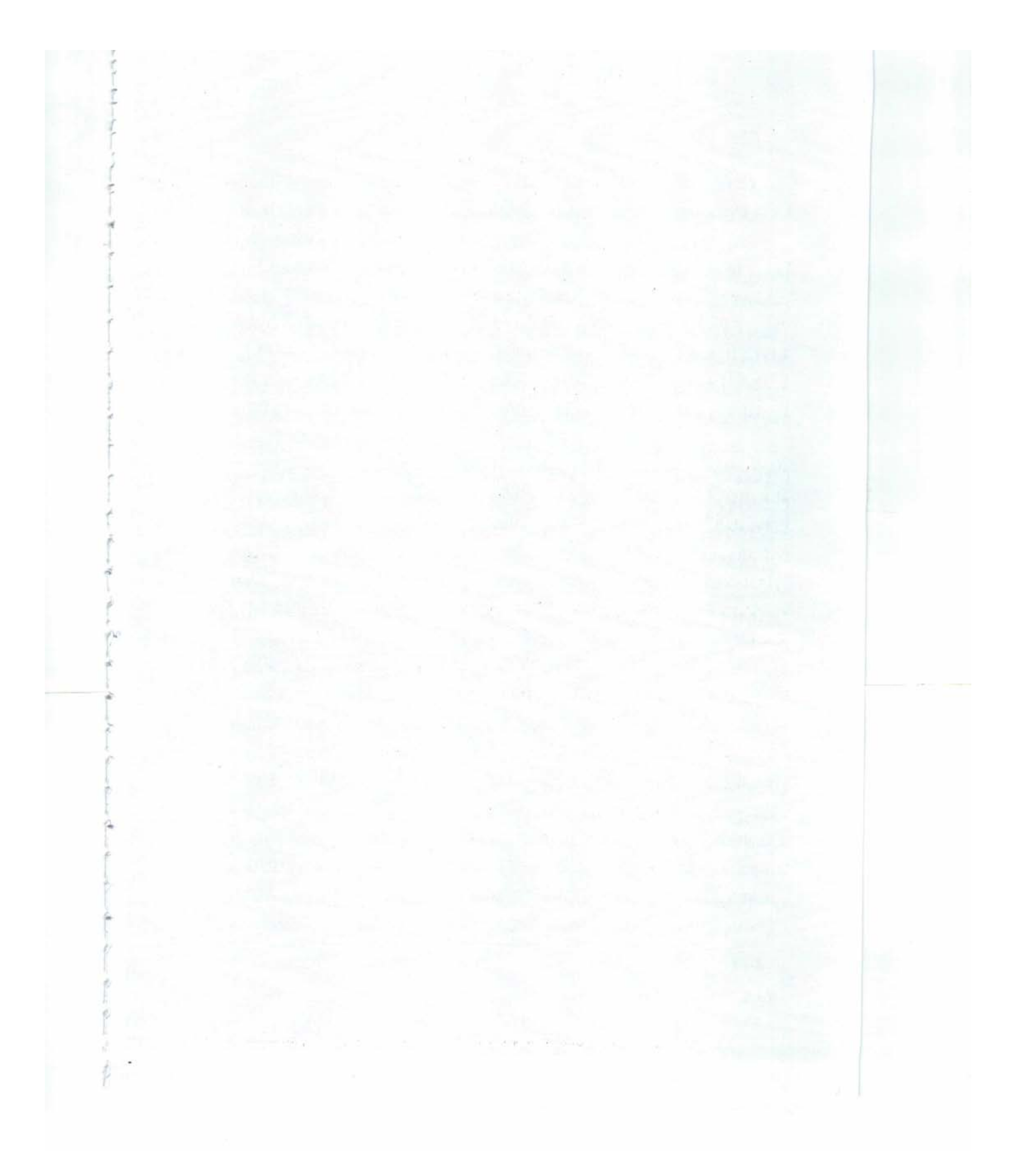
١) إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة في الدولة على مصلحة الأفراد المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد أساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي.

٢) تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن حكم القانون في دائرة العقود. وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإيمانًا بواجب الدول في الرقابة على العلاقات القانونية واستكمالاً لقصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المضرورين.

إن في وسعي الجزم باعتباري واحدًا من الذين أسهموا في إعداد ورقة عمل أصلاح النظام القانوني وفي صياغة مادته بأن قانون أصلاح النظام القانوني لم ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص ولم يدع إلى توحيد فروع القانون المختلفة لتكون جميعًا جزءًا من القانون العام. وإنما أبقى على تقسيم القانون واكتفى بالدعوة إلى تقليص الفروق بين القانون العام والقانون الخاص تقديرًا منه لأهمية دور الدولة في مختلف روابط القانون سواء كانت طرفًا مباشرًا في روابط القانون العام أو طرفًا غير مباشر يمارس دور التوجيه والرقابة والتدخل عند الاقتضاء في روابط القانون الخاص منعًا للاستغلال وضمانًا لتحقيق العدالة وحماية لمصلحة المجتمع وكان من جملة ما دعى إليه لتقليص الفوارق هو الإكثار من القواعد الآمرة وتغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية في الروابط القانونية والتوسع في المسؤولية القانونية القائمة على عنصر الضرر وتنفيذ وتفسير جميع الروابط في ضوء المصلحة العامة مع التوسع في مفهوم هذه المصلحة.

وإذا كان قانون إصلاح النظام القانوني قد أبقى على تقسيمات القانون من حيث الشكل وأبقى على بعض الفروق بين روابط القانون العام وبين روابط القانون الخاص من حيث الموضوع إلا أنني أميل الآن إلى الأخذ بالتقسيم الثلاثي للقانون ففي اعتقادي أن هناك ثمة فرعًا للقانون تختلط فيها قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أو تقف عند الحد الفاصل بينهما. ويحسن جمعها في قسم ثالث هو القانون المختلط. وفي مقدمتها القانون الجنائي بفرعيه العقابي والإجرائي وإن بدا عنصر السلطة العامة واضحًا فيه.

(١) انظر. قانون الإصلاح النظام القانون ص ٣٤-٤٥.



الفصل العاشر

تقسيمات قواعد القانون

تقسيم قواعد القانون إلى أقسام تتعدد بتعدد الزوايا التي ننظر منها إلى هذه القواعد فهي تقسم من حيث مصدرها إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة وتقسم من حيث النطاق الإقليمي إلى قواعد القانون الخارجي وقواعد القانون الداخلي وتقسم من حيث موضوعها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية ولكن أهم هذه التقسيمات هو تقسيمها من حيث درجة إلزامها إذ هي تقسم إلى طائفتين أولاهما: القواعد الآمرة وثانيهما: القواعد المكملة أوالمقررة أو المفسرة للإرادة وسنتناول بالبحث الوجيز هذا التقسيم لأهميته.

تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة للإرادة:

تعرف القواعد الآمرة بأنها القواعد التي تلزم الكافة بإحترامها فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها ومن الأمثلة عليها القاعدة التي تحرم القتل والقاعدة التي تلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري أما القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة فتعرف بأنها القواعد التي يجوز للافراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها والاتفاق على خلاف حكمها فهي القواعد التي تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها أو سكتوا عن الإشارة إلى موضوعها فإذا وجد الاتفاق على مخالفة حكمها كانت العبرة بالاتفاق لأن الإرادة الحقيقية للأفراد أولى بالاتباع من إرادتهم المفترضة ويلاحظ أن المشرع يسترشد عند وضعها بالعدالة والعرف ومقتضيات الحياة العلمية. وقد أطلقت عليها هذه التسمية لأنها تكمل نقصًا أو قصورًا في الاتفاق فات الإرادة أن تحكمه أو تقرر أمرًا يفترض أن الإرادة كانت تتجه إليه لو أنها التفتت إلى حكمه وإنها تفسر غموضًا شاب الإرادة ومن الأمثلة عليها القاعدة التي تقتضي بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع والقاعدة التي تقضي بتحمل المؤجر كلفة الترميمات في العين المؤجرة أثناء الإجارة.

أساس التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة للإرادة:

إن أساس التمييز يبدو في مدى أهمية القاعدة واتصالها بكيان المجتمع ومصالحه الأساس ومدى ما يترك للإرادة من سلطان وحرية في إنشاء وحكم الروابط القانونية. فالقاعدة الآمرة

تمثل الإرادة العليا لمجتمع في تنظيم أمر بالغ الأهمية على نحو معين وتتضمن أمرًا أو نهيًا يقوم قيدًا على الإرادة الأفراد فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفه. أما القاعدة المكملة فهي لا تمثل إرادة المجتمع العليا وإنما تمثل الإرادة المفترضة للأفراد لتعلقها بالنشاط الحر لهم. فالقاعدة الآمرة قاعدة مطلقة من حيث تطبيقها على الكافة وتنعدم حرية مخالفتها من قبل الأشخاص أما القاعدة المكملة أو المفسرة للإرادة فقاعدة نسبية من حيث تطبيقها وحرية الأفراد في استبعاد تطبيقها موفور لأنها لا تحل نفس المكانة من الأهمية والقوة التي تحلها القاعدة الآمرة في نظر المجتمع لعدم تعلقها بمصالحه الأساس.

ويترتب على التمييز بين القواعد الآمرة وبين القواعد المكملة أو المفسرة نتيجتان هامتان أولاهما: أن مدى سلطان الإرادة اتجاه القواعد القانونية يختلف تبعًا لما إذا كانت هذه القواعد آمرة أو كانت مكملة للإرادة فإرادة الأفراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الآمرة أو كانت مكملة للإرادة فإرادة الأفرد تبدوا معدومة بالنسبة للقواعد الآمره فيبطل كل اتفاق يقع على خلاف حكمها.وتكون حرية الإرادة مطلقة في نطاق القواعد المكملة فيجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها والنص على حكم يخالفها. وثانيهما: أن على القاضي الالتزام بحكم القواعد الآمرة أو القانونية من تلقاء نفسه دون التفات إلى اتفاق الخصوم ولكن عليه احترام هذا الاتفاق إذا كان مخالفًا للقواعد المكملة أو المفسرة للإرادة.

وينبغي أن يلاحظ أن القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة قواعد قانونية ملزمة ابتداء وانتهاءًا لأنها قواعد قانونية كاملة يجب العمل بمقتضاها عند توافر شرط تطبيقها وهو عدم الاتفاق على استبعادها.

معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة للإدراة:

يوجد معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة أولها: المعيار المادي أو الشكلي أو اللفظي ويعني أن تتضمن القاعدة لفظًايصرح بطبيعتها الآمرة أو بكونها مكملة أو مفسرة للإرادة فتعتبر القاعدة آمرة إذا صيغت في صيغة الأمر أو النهي كاستعمال لفظ يجب أو يلزم أو لا يجوز. أو أن يرد في القاعدة نص يقضي ببطلان ما يخالفها من اتفاق. وقد تصرح القاعدة فإنها مكملة أو مفسرة أو بصياغتها في صيغة الجواز أو بالنص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها وثانيهما: المعيار المعنوي أو الموضوعي ويعني معنى النص وفحواه إذا لم تصرح النصوص بنوع القواعد التي تتضمنها فإذا أفاد معنى النص أن القاعدة التي يتضمنها لا

يجوز الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها كانت القاعدة آمرة وإن أفاد غير ذلك اعتبرت القاعدة قاعدة مكملة وينبغي الاستهداء دائمًا بنوع المصلحة التي تتصل بها الرابطة التي تحكمها القاعدة القانونية لمعرفة ما إذا كان اتباع القاعدة واجبًا أو كانت مخالفتها جائزة فإن كانت المصلحة التي تتعلق الرابطة القانونية من المصالح الأساس في الدولة اعتبرت القاعدة التي تحكم هذه الرابطة قاعدة آمرة وإن لم تكن كذلك كانت القاعدة من القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة وقد استقر التعبير على المصالح الأساس للمجتمع التي تعتبر القاعدة التي تحكم الروابط المتصلة بها قاعدة آمرة اسم النظام العام والآداب.

النظام العام:

ورد مصطلح النظام العام في مواضع كثيرة في القانون المدني العراقي وقد تجنب المشرع العراقي تعريف النظام العام وإن أورد أمثلة عليه. والواقع أنه لا يوجد تعريف جامع دقيق لفكرة النظام العام وفي رأيي أن أفضل ما سبق له من تعريفات فقهية بأنه مجموعة المصالح الأساس للجماعة والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت هذه المصالح والأسس سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية والتي يعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار وفكرة النظام العام فكرة نسبية من حيث نطاقها ومن حيث ثباتها فهي تتفاوت من حيث النطاق باختلاف أنظمة الحكم والتيارات الفكرية التي تسود المجتمعات. وتعتبر المنفذ الذي تتسرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى حقل القانون فيتسع مفهومها في ظل الفكر الاشتراكي ويضيق إلى مدى بعيد في ظل الفكر الفردي كما أنها فكرة مرنة يتفاوت مداها بتفاوت الزمان واختلاف المكان فما يعتبر من النظام العام في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر وما يعتبر من النظام العام في المجتمع الإسلامي بحيث يعتبر تعهد الزوج بعدم الزواج بأكثر من واحدة باطلاً لمخالفته النظام العام. فإن التعدد يعتبر مخالفًا للنظام العام في أغلب الدول الغربية وفي المواريث يعتبر إعطاء الابن ضعف نصيب البنت من النظام العام في ظل الشريعة الإسلامية بينما يعتبر تساوي أقارب الجهة الواحدة في الميراث من النظام العام في أكثر الدول الغربية وكان التأمين على الحياة يعتبر عملاً غير مشروع ومخالفًا للنظام العام في ظل النظم القانونية القديمة لأنه يتضمن معنى المضاربة على الحياة إلا أنه يعتبر أمرًا مشروعًا ودعامة من دعامات المجتمع الحديث في أكثر الأنظمة القانونية المعاصرة ويلاحظ أن الفقه المعاصر استقر على اعتبار قواعد القانون

العام وقواعد الأحوال الشخصية وبعض قواعد الأحوال العينية كالقواعد التي تتصل بشكل التصرفات الذي يتطلبه القانون والقواعد المتصلة بالاقتصاد القومي والأمن الاقتصادي والقواعد التي تتصل بحماية الطرف الضعيف في التعاقد كالقاصر والقواعد المتعلقة بتنظيم الملكية وحماية الغير من النظام العام.

وجد بالذكر أن نطاق النظام العام أوسع من دائرة القاعد الآمرة المتصلة به ولذلك ينبغي إبطال كل اتفاق يخالف النظام العام والآداب سواء كانت هناك قاعدة آمرة تنظم هذا الأمر الذي يمس النظام العام والآداب أو لا توجد مثل هذه القاعدة.

الآداب لعامة:

رأى بعض الفقهاء إقامة الآداب العامة على أساس ديني فرأى فيها قواعد خلقية تتحدد بالقواعد الدينية ورأى البعض الآخر أقامتها على أساس اجتماعي مع واقع وتقاليد وفكر خلقي سائد والحق أن كلاً من الأساسين لا يسلم من المآخذ فقواعد الدين ليست المصدر الفرد للآداب كما أن الواقع والتقاليد لايزودان المجتمع بجميع قواعد الآداب وخير تعريف لقواعد الآداب العامة في رأينا هو ما ساقه أستاذنا السنهوري بقوله (إنها مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقًا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية وهذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تكييفه).

فالقواعد والآداب العامة مصادر متعددة هي الدين والتقاليد الموروثة ومقتضيات الحياة.

وقد أشار المشرع العراقي في قانونه المدني إلى قواعد الآداب في أكثر النصوص التي ذكر فيها النظام العام كقيد مفروض على حرية الإرادة واعتبر كل اتفاق مخالف للنظام العام والآداب العامة باطلاً كما أن المشرع الجنائي ركز عليها اهتمامه في كثير من النصوص كالنصوص المتعلقة بجرائم العرض وشهادة الزور والمقامرة والرهان والدعارة وحرم كل تصرف يخالف قواعد الآداب العامة.

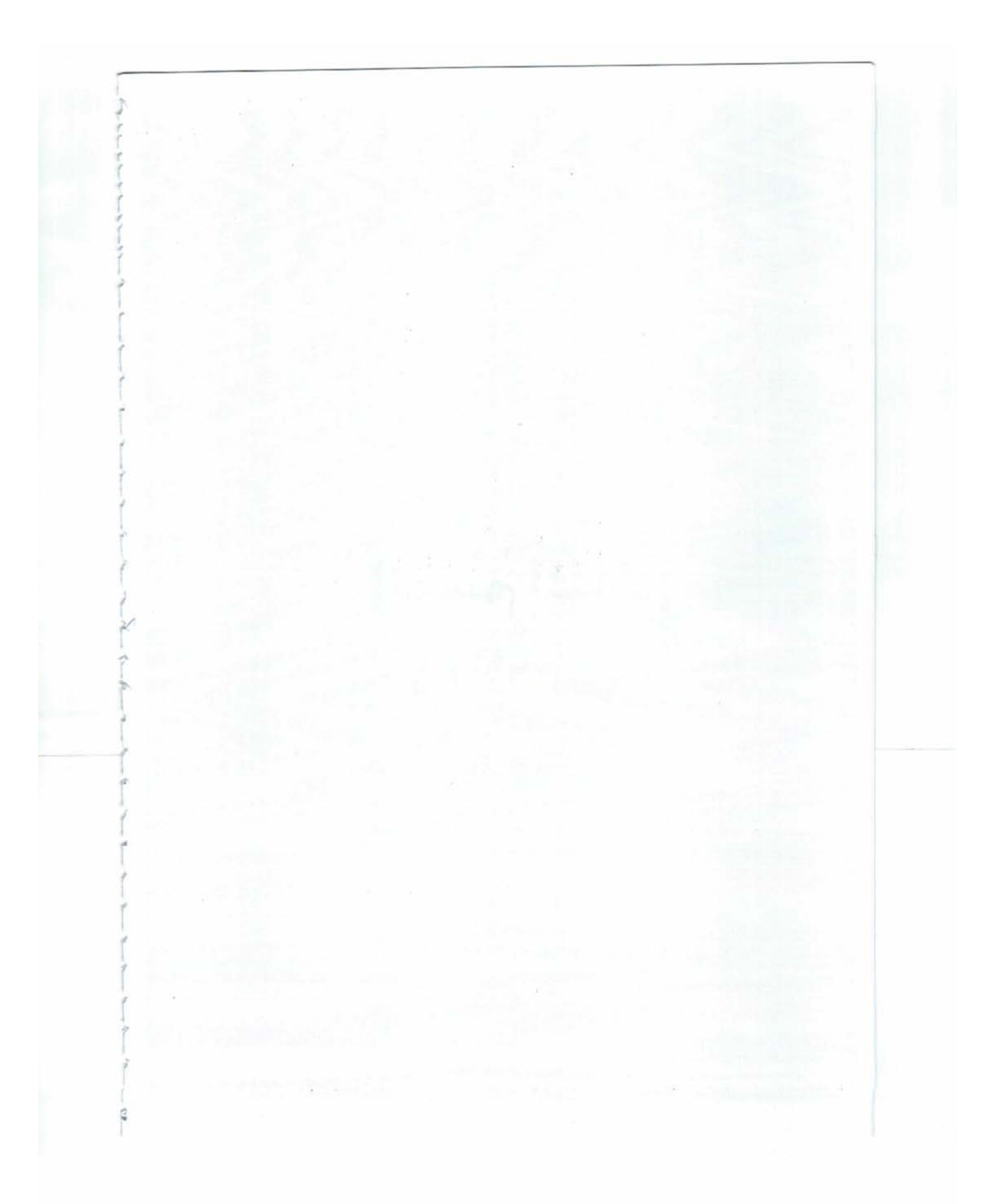
وقاعدة الآداب في أغلبها قواعد نسبية وهي تتغاير بتغاير المكان وتفاوت الزمان. فما يعتبر من الآداب العامة في المجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر كما أن ما يعتبر من صميم الآداب في زمن قد يخرج من مفهومها في زمن لاحق فعقد الوساطة في الزواج وعقد استئجار مدير مسرح لجماعة من الهتافة كانا محرمين لمخالفتها لقواعد الآداب ثم أبيحا في الوقت

الحاضر لما ينطوي عليه أولهما من تشجيع للزواج ولما تسفر عنه ثانيهما من تشجيع للفن.

و جدير بالذكر أن قواعد الآداب إذا كانت تتصل بالأسس الأخلاقية في المجتمع فإنها لا تعني جميع قواعد الأخلاق فهما يختلفان من حيث النطاق لأن نطاق قواعد الآداب أضيق من نطاق قواعد الأخلاق التي تتبع بواقع من الشعور الذاتي وتقترن بجزاء أدبي أما قواعد الآداب فإنها تمثل الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازمة لحفظ كيان الجماعة وبقائه والتي يترتب على عدم مراعتها اختلال كيان المجتمع وعدم سلامته ولذلك ينبغي على الجميع احترامها وعدم المساس بها أو خرقها وإلا بطل كل تصرف ينحرف عن جادتها.

القِسْمُ الثاني

نظريَّة الحَقّ



الباب الخامس

التعريف بالحق

الفصل الحادي عشر: طبيعة الحق

الفصل الثاني عشر: عناصر الحق وأركانه

تمهيد:

علاقة القانون بالحق:

يعمل القانون على إقامة النظام في المجتمع ويحكم سلوك الأفراد وروابطهم الاجتماعية وتتولى الدولة إجبار الأفراد على اتباعة بالقوة إذا اقتضى الأمر ذلك وهو يقوم عند تنظيمه للعلاقات الاجتماعية على التوفيق بين المصالح المتعارضة لأعضاء المجتمع وسبيله للوصول إلى أداء رسالته هي في أن يوضح لكل فرد من أفراد المجتمع ماله وما عليه ففي كل مرة يشرع فيها قانون مقررًا واجبًا أو التزامًا في مواجهة شخص معين يتقرر في مقابل ذلك حق لشخص آخر.

وكما أن الحقوق لا توجد إلا في الجماعة وكما أن القانون لا معنى له إلا بوجود المجتمع تبينت لنا الصلة بين الحق والقانون.

الحق والواجب:

لا شك بأن قواعد القانون في تنظيمها علاقات الأفراد في المجتمع ولغرض ضبط السلوك الاجتماعي فإنها إن قررت حقًّا لأحد الأطراف فستقرر بالضرورة واجبًا على الطرف المقابل تلزمه باحترام هذا الحق ومنع التعدي عليه ففكرتا الحق والواجب فكرتان متلازمتان في الفكر القانوني توضح إحداهما الأخرى وتحددها إذ أن الحق لا يتقرر لشخص إلا في مواجهة شخص آخر يتحمل بالواجب المقابل والواجب لا ينشأ إلا إذا وجد حق يقابله[1].

وجود الحق والتعريف بالحق:

ويتضمن البحث في أمرين: وجود الحق والتعريف بالحق:

١- وجود الحق[2]:

أود أن أبين ابتداء بأن فكرة الحق لم تكن من الأفكار التي سلم بها فقهاء القانون جميعًا إذ تعرضت فكرة الحق ولا زالت لانتقادات كثيرة في جدواها وفي فائدتها وبالتالي أنكروا وجودها القانوني ولعل أبرز نقد تعرضت إليه فكرة الحق جاء من أنصار مذهب القانون الوضعي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي المعروف (ديجي) الذي: اعتبر فكرة الحق فكرة ميتا فيزقية غير واقعية إذ يرى أنها من الأفكار التي لا تخضع للمشاهد والتجربة فهي في تقديره فكرة دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة وينطلق الفقيه (ديجي) في إنكاره لوجود الحق من مهاجمته لفكرة الحقوق الطبيعية التي ينادي بها بعض الفقهاء واللذين يرون بأن الحق صفة ملازمة للإنسان وأنها متوفرة له وحتى قبل وجود المجتمع بينما يلاحظ هو بأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يعيش مع أبناء جنسه وأنه لم يعش أبدًا منفردًا معزولاً عن بقية الأفراد لذلك فالقول بوجود حقوق طبيعية ملازمة للفرد قبل أن يدخل المجتمع قول غير صحيح وحتى ولو فرض جدلاً إمكانية أن يعيش الإنسان منعزلاً عن بقية أفراد جنسه فإنه لا يتصور أن تثبت له حقوق ذلك لأن للحق طرفان هم الطرف الإيجابي (صاحب الحق) وطرف سلبي وهو من يتحمل بالحق وواجبه احترام الحق فإذا أمكن التسليم بوجود صاحب

---

(١) عرف مشروع القانون المدني العراقي الواجب في مادته (١٠٩) حيث نصت (الواجب سلوك يحتمه القانون تحقيقًا لمصلحة اجتماعية).

(٢) انظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق). د. عبد الحي حجازي مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠ ص١١ وما بعدها: دروس في نظرية الحق، د. محمد لبيب شنب، القاهرة ١٩٧٧ ص ٣-٤-٥ الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (المصرى واللبناني) (النظرية العامة للحق)، دكتور رمضان أبو السعود بيروت ١٩٨٣ ص٧ ومابعدها.

الحق فمن الذي سيتكلف بتحمل الحق واحترامه؟

وعلى هذا فإن (ديجي) ينكر وجود الحقوق الطبيعية الملازم للفرد والسابقة في وجودها على وجود المجتمع وهو ينكر فوق ذلك وجود حقوق ينشؤها القانون للأفراد ذلك لأنه يرى وحسب نظريته بأن الحق هو تسلط إرادة صاحب لحق على إرادات غيره من الأفراد والمكلفين باحترام الحق وبالتالي خضوع إرادات إنسانية لإرادات إنسانية أخرى أي أن الإرادات الإنسانية ستكون غير متساوية وهذا أمر غير سليم إذ أن إرادات الأفراد في المجتمع متساوية وليس هنالك إرادة فردية تسمو على إرادة أخرى ويستخلص من ذلك بأنه لا وجود للحق ويستبدل بفكرة الحق التي دعى لإخراجها من نطاق القانون بفكرة أخرى هي فكرة (المركز القانوني) فالقانون كما يرى يجب أن لا ينشئ حقوقًا للأفراد لبعضهم على بعض وإنما مراكز قانونية إيجابية أو سلبية تتيح لمن كان في مركز إيجابي أن يستفيد من نشاط شخص آخر يكون في مركز سلبي وكل ذلك تطبيقًا للقاعدة القانونية ولما تفرضه من واجبات والتزامات فالجميع سواء من كان في مركز إيجابي أو كان في مركز سلبي وهو سواء في الخضوع لحكمها ففي عقد القروض فإن المقرض سيكون في مركز قانوني يتيح له أن يطالب المقترض الذي يكون في مركز قانوني سلبي برد القرض في الأجل المضروب للرد فتطبق القاعدة القانونية بجعل الأول في مركز إيجابي والثاني في مركز سلبي لكنهما سواء في الخضوع للقانون لكننا يجب أن نوضح بأن انتقادات (ديجي) لفكرة الحق لم تسلم هي الأخرى من النقد والتجريح إذ يلاحظ بأن (ديجي) قد أعطى للحق مفهومًا معينًا جعله مجال نقده.

كما أن قوله بأن الحق يقتضي تغليب إرادات إنسانية على إرادات إنسانية أخرى لم يقل بها أحد وأخيرًا فإن اقتراحه كبديل لفكرة الحق وهي (المراكز القانونية) ليست في حقيقتها عند التمعن والتعمق إلا فكرة الحق وإن اتخذت شكلا آخر وتسمية أخرى.

وختامًا فلابد من التأكيد على أن فكرة الحق هي من الأفكار الموجودة والمسلم بها إذ هي من الحقائق المسلمة في فقه القانون.

٢- التعريف بالحق:

لقد كان تعريف الحق مثار خلاف كبير بين الفقهاء وذلك باختلاف وجهات نظر الفقهاء وباختلاف المدى الذي يقصدونه من الحق ونعرض هنا بشكل موجز لأهم النظريات التي تولت التعريف بالحق وهي:

١- النظرية الشخصية (نظرية الإرادة)

يعرف الحق بموجب هذه النظرية بأنه تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم[١]. فجوهر الحق هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحبه لكن هذه الإرادة محكومة بالقانون فهو الذي يمنحها أي أنها لا توجد خارج نطاق القانون فالقاعدة القانونية حين تنظم العلاقات في المجتمع تحدد لكل شخص نطاقًا تسود فيه إرادته مستقلة عن كل إرادة أخرى وفي نطاق هذه الحدود يوجد الحق[٢]. فالحق وفقًا للنظرية التقليدية هو سلطة للإرادة يتولى القانون منحها وحمايتها والحق هو سلطة لإرادة الفرد في أن يقوم بكل ما يساعد على تحقيق الأهداف التي يكفلها النظام القانوني.

وعلى هذا فالعنصر الأساسي في الحق هو إرادة الفرد وحاجة هذه الإرادة لنطاق تلعب فيه دورها بحرية وكل ذل نتيجة للتطور الفردي لمهمة القانون وهي تحقيق الانسجام بين الإرادات الفردية[٣].

ومن أبرز أنصار هذا الاتجاه الفقيهان الألمانيان (وند شايد، وسافيني) ولقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة منها.

١ - تأكيد النظرية على أن الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من اكتسب حقًا وهذا خلاف ما تأخذ به كل الشرائع من أن لعديمي الإرادة كالمجنون والصبي غير المميز حقوقًا كحائزيها سواء بسواء بل أن الحق قد يثبت للغائب دون علمه ودون تدخل إرادته.

٢ - أن الأخذ بهذه النظرية معناه عدم الاعتراف بالأشخاص المعنوية ذلك أنه إذا كان لهذه الأشخاص إرادة فإنها ليست إرادة حقيقية على كل حال وبالتالي فإنه سيكون من العسير وفقًا لهذا المنظور القول بأن لها حقوقًا.

٣ - أن تعريف الحق بأنه قدرة إرادية يؤدي إلى الخلط بين وجود الحق واستعماله أو بين الحق ومباشرته فالحق يوجد ولو دون تدخل الإرادة أما استعمال الحق فلا يأتي إلا عن طريق الإرادة فعديم الإرادة تثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها لذلك فإن القانون يعين له وصيًا أو وليًا لكي يباشرهما بدلاً منه.

---

(١) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون ط ٤ الإسكندرية ١٩٧١ ص ٤٣١.

(٢) د. إسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق، ط ٢ القاهرة ١٩٥٨ ص ١٠.

(٣) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مبادىء القانون (الحق) القاهرة ١٩٧٤ ص١٢، ١٣.

٢- النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):

يعرف الحق وفقًا لهذه النظرية بأنه:

مصلحة يحميها القانون وواضع هذا التعريف للحق هو الفقيه الألماني أيرنج الذي نظر إلى الحق من ناحية موضوعه والغاية منه لا من حيث صاحبه ذلك لأنه لاحظ بأن يثبت لذوي الإرادة وهو يثبت أيضًا لعديمي الإرادة على السواء كذلك فالعبرة ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود وإنما العبرة بغاية الإرادة أي الغرض الذي نشطت من أجله فحين تنشط إرادة الوصي أو الولي للقيام بعمل لمصلحة الصغير فإن الحق يثبت لهذا الصغير وليس لهؤلاء فالمصلحة إذن هي جوهر الحق والمصالح أيًا كان نوعها سواء كانت مادية أو معنوية هي حقوق فحق الحياة وحق إبداء الرأي والشرف وهي حقوق معنوية تستوي لدى أيرنج مع حق الملكية الذي هو حق مادي يمكن تقويمه بالنقود في أنها جميعًا مصالح مشروعة يحميها القانون أي حقوق بالمعنى الصحيح[1] وإذا كانت المصلحة هي العنصر الأول للحق وفق مفهوم أيرنج فالحماية القانونية هي العنصر الثاني للحق وتستمد هذه من الدولة بالطبع فكل حق مزود بدعوى تكفال احترام المصلحة التي يهدف الحق إلى تحقيقها وإلى إدراكها.

ولقد لاحظ أيرنج أن هنالك أحوالاً تتحقق فيها حماية القانون لبعض المصالح دون أن ترتفع هذه إلى مستوى الحقوق فمصالح أصحاب المصانع الوطنية تحقيق الربح ولقد تتحقق حماية هذه المصالح إذا ما صدر قانون يفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية لمنع منافستها المنتجات الوطنية وليس معنى هذا أن لأصحاب المصانع الوطنية حقوقًا في منع المنافسة الأجنبية وفي تحقيق الأرباح ذلك لأن مصالح الخاصة ليست هي المقصودة بذاتها بل قصد المشرع من فرض الرسوم الجمركية حماية للاقتصاد الوطني أما حماية مصلحة أصحاب المصانع فقد جاءت عرضًا دون أن تقصد بالذات وعلى هذا فليس كل مصلحة يحميها القانون تعتبر حقًا وإنما المصلحة التي تعتبر حقًا هي المصلحة التي يحميها القانون لذاتها[2].

---

(١) جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، الكتاب نظرية الحق، القاهرة ١٩٦٦ ص١٨، حسن كيره المصدر السابق ص٤٣٣.

(٢) إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١٢.

وهذه النظرية منتقدة بدورها وأهم الانتقادات التي وجهت إليها:

١ - أنها عرفت الحق بهدفه والغاية منه وهي المصلحة وهي غاية الحق ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة) وذلك لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئًا آخر غير الغاية منه وعلى هذا فالتعريف يجب أن يذهب عليه(١).

٢ - أنها جعلت من الحماية القانونية العنصر الثاني للحق فعنصر الحماية بموجب هذه النظرية فيصل وجود الحق أو عدم وجوده بالرغم من أن الحماية هي نتيجة للتسليم بجود الحق وتالية لقيامه فهي تأتي بعد أن يوجد الحق فالقانون يحمي الحق إذا وجد هذا وبالتالي فلا يمكن اعتبار الدعوى عنصرًا أو ركنًا من أركان الحق وإنما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد نشوئه ووجوده فالحق ليس كذلك لأن القانون يحميه بل الصحيح أن القانون يحميه لأنه حق.

٣- النظرية المختلطة:

تجمع هذه النظرية بين النظريتين السابقتين وقد أبرز أنصارها في تعريفهم للحق ناحية الإرادة وناحية المصلحة فبينوا بأن الحق إذا كان سلطة إرادية فهو في الوقت نفسه مصلحة محمية أي أنهم جمعوا بين عنصر الإرادة وعنصر الحق. ولما كانت هذه النظرية قائمة على الجمع بين النظريتين السابقتين فالحق ليس الإرادة وهو ليس المصلحة وهو ليس هذا وذاك معًا.

٤- النظرية الحديثة (نظرية دابان):

يعرف دابان الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون باستئثار به باعتباره مالكًا له أو باعتباره مستحقًا له في ذمة الغير(٢).

فعناصر الحق بموجب هذا التعريف هي:

الاستئثار بمال أو قيمة معينة ثم تسلط صاحب الحق ولزوم وجود آخرين لاحترام هذا الحق ثم الحماية القانونية.

---

(١) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بيروت ١٩٧٥ ص٤٥١، حسن كيرة، المصدر السابق ص ٤٣٥.

(٢) د. عبد المحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية: جـ٢ (الحق) الكويت ١٩٧٠ ص ١٠٩.

١) الاستئثار أو الانتماء:

فالحق هو اختصاص صاحب الحق بقيمة معينة أو بمال معين بحيث يتيح له ذلك بأن يقول أن هذا المال له أو هذه القيمة متاعًا خاصًا به فالحق علاقة استئثار أو انتماء بين شخص وشيء وهو يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوفر فيه الإرادة وموضوع الاستئثار يرد على الأشياء المادية المستقلة عن الشخص كالمنقولات والعقارات فيرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه والحريات كما يرد أيضًا على أشياء مادية ومعنوية ذات كيان خارجي عن الشخص ويكون هو الذي أوجدها فهي تنتمي إليه بسبب أنه هو الذي أنشأها كحق المؤلف فيما ألفه وحق المخترع فيما اخترعه ففي هذه الأحوال يكون انتماء هذه الأشياء مباشرة فلا يتوسط بينها وبين الشخص وسيط وقد يكون موضوع الاستئثار أداءات إيجابية أو سلبية مالية أو غير مالية يلتزم شخص في مواجهة شخص آخر بالقيام بها ويكون الانتماء في هذه الحال غير مباشر إذ أنها حق الدائن قبل المدين وبواسطة المدين.

٢) التسلط:

ويقصد بالتسلط القدرة على التصرف فإذا كان الشيء يخص صاحب الحق كانت له السلطة عليه إذ هو بالنسبة لهذا الشيء المتسلط ويوضح عنصر التسلط عن طريق بيان مضمونة بالنسبة لحق الملكية على شيء مادي فنقول: إن التسلط يضمن القدرة لمالك الشيء والحرية في أن يفعل من حيث الأساس فيما يملكه فيستطيع أن يستعمله وإن يستغله سواء لصالحه أو لصالح الغير كما يستطيع أن يتصرف فيه تصرفًا قانونيًا فينقل حقه كلا أو بعضًا إلى الغير وسواء أكان هذا بمقابل أو بدون مقابل ولا يتوقف (التسلط) في وجوده على ممارسته فعلا من جنب صاحبه إذ لا يلزم أن تكون سلطة مادية أو اقتصادية فهي سلطة معنوية قانونية يضعها القانون تحت تصرف من ينتمي إليه الشيء وعلى ذلك فإن من يكون له الانتماء تظل له السلطة ولو وجد مانع يمنعه من أن يباشر هذه السلطة كما في حالة المحجور والقاصر وهو يستطيع أن يستعيد حقه في حرية التصرف متى زال المانع.

٣) احترام الغير للحق:

الحق وإن كان ميزة لصاحبه يقتضي في الوقت ذاته وجود الغير أي وجود شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم ومضمون هذا العنصر من عناصر الحق أن جميع الناس غير

صاحب الحق ملزمون باحترامه واحترام الحق يقع على الناس كافة فإذا وقع العدوان من الغير كان لصاحب الحق أن يدفع هذا العدوان عن طريق الاقتضاء.

٤) الحماية القانونية:

وهذا هو العنصر الأخير للحق بموجب نظرية دابان وهو عنصر أساسي لا يمكن أن يوجد الحق بدونه فالحق بمعناه الحقيقي هو ذلك الحق الذي يحميه المجتمع عن طريق ما يضعه من وسائل قانونية للدفاع عنه فالحق الذي لم تتولى الجماعة حمايته لا يكون موجودًا من الناحية القانونية ولو اعتبر موجودًا من الناحية الأخلاقية والدعوى القضائية التي رسمها القانون لتحقيق هذه الحماية هي نتيجة الحق فالشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده بل لابد من تدخل السلطة لحمايته.

٥) تعريف الحق في مشروع القانون المدني العراقي:

عرفت المادة (٨٨) من مشروع القانون المدني العراقي الحق بأنه (الحق ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقًا لمصلحة اجتماعية).

ويلاحظ بأن مشروع القانون المدني العراقي في تعريفه للحق قد أخذ بالنظريات الأكثر تقدمًا في التعريف بالحق واعتنى بتلك النظريات التي تعطي للحق بعدًا اجتماعيًا متقدمًا فالحق وكما أخذ به مشروع القانون ليس حقًا طبيعيًا يقترن وجوده بوجود الشخص وسابقًا لوجود القانون وهو ليس حقًا فرديًا مطلقًا وإنما هو ميزة (استئثار بقيمة معينة وتسلط) يقررها القانون فالحق هنا قانوني لا يوجد إلا إذا أنشأه القانون ثم هو يحميه وكل ذلك تحقيقًا لمصلحة اجتماعية ذلك (لكون القانون لا يعترف بالحقوق حماية لكافة المصالح التي يقصد إليها الأفراد في المجتمع. بل هو يتخير منها ما يكون جديرًا بالحماية ولا تستحق مصلحة الفرد حماية القانون إلا إذا اتفقت مع المصلحة العامة للجماعة لذلك يتقيد استعمال الحق بمصلحة الجماعة)[1].

ولقد أبرز مشروع القانون المدني المضمون الاجتماعي للحق بصورة واضحة وذلك في مجال تعريفه لحق الملكية (أهم الحقوق المدنية ذات القيمة المالية وأبعدها أثرًا) حيث نصت المادة (١٢٥) منه على أنه:

---

(١) د. إسماعيل غانم المصدر السابق ص ١٦.

(المالك في حدود القانون التصرف في ماله واستعماله واستغلاله طبقًا للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية) فالمالك وفق هذا التصور ليس مطلق التصرف في ماله وإنما هو محكوم بتأدية الوظائف الاقتصادية والاجتماعية لملكيته باعتبارها وظيفه اجتماعية فلا استغلال ولا استعمال غير مشروع ولا تعسف يضر بالغير فـ (استعمال الحقوق يجب أن يقتصر على غاياتها الاقتصادية والاجتماعية والآصار الاستعمال تعسفيًا ومجافيًا للضمير العام ومتخطيًا مضمون الحق، لأن الحقوق من الوجهة الاجتماعية نسبية لا مطلقة بما في ذلك حق الملكية[1] إن الاختيار الذي أخذ به مشروع القانون المدني في تعريفه للحق وتأكيد على المضامين الاجتماعية له يأتي تطبيقًا للمبادئ المعلنة في قانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ الذي بين المبادئ والأهداف والأسس والوسائل لإصلاح شامل للنظام القانوني في قطرنا الذي كرس مبادئ حزب البعث العربي الاشتراكي والثورة في قطرنا وكذلك مقولات السيد الرئيس القائد صدام حسين (حفظه الله) في إقامة مجتمع عربي اشتراكي موحد خال من الاستغلال والتحكم وفي إقامة علاقات متوازنة بين الأفراد في المجتمع تهدف فوق تحقيق المصالح الفردية تحقيق مصلحة المجموع[2].

---

(١) ريمون سالي، دراسة في النظرية العامة للالتزام (باللغة الفرنسية)، الطبعة الثالثة باريس ١٩١٤، ليبريري جنرال، ص٣٧١ هامش نقلاً عن د. ثروت أنيس الأسيوطي، المصدر السابق ص ٢٧.

(٢) انظر بهذا الصدد

أ- المفهوم البعثي للقانون والعدالة (نص حديث السيد الرئيس المناضل صدام حسين في الندوة الموسعة لرجال القضاء في ١١/ ٨/ ١٩٧٩ - وزارة الثقافة والإعلام (دائرة الإعلام الداخلي العامة)- السلسة والوثائقية الرقم (١٦) بغداد ١٩٧٩.

ب- المهام المطلوبة وآفاق المستقبل: نص الحديث التاريخي للسيد الرئيس القائد صدام حسين (حفظه الله). خلال لقائه برؤساء المؤسسات والمدراء العامين في وزارتي الصناعية والمعادن والصناعات الخفيفة بتاريخ ١١/ ١٢/ ١٩٨٧ وزارة الصناعة والمعادن/ بغداد، شباط ١٩٨٧.

جـ- التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن/ ١٩٧٤.

د- التقرير المركزي للمؤتمر القطري التاسع، بغداد ١٩٨٣.

هـ - قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، بغداد ١٩٧٧ وزارة العدل.

الفصل الحادي عشر
طبيعة الحق

المبحث الأول: طبيعة الحق في الفكر الفردي

يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو هدف القانون الأسمى فلم يوجد القانون إلا لحماية الأفراد وتمكينهم من التمتع بها[1].

وهذا المذهب ينظر إلى الفرد ذاته ويعتبر أنه خلق حرًّا وإن هذه الحرية تتوقف على سعادته وإن الناس متساوون جميعًا في الحرية كما أنهم يتساوون أيضًا في الحقوق وإن هذه الحقوق تفرضها الطبيعة للإنسان فتولد معه موجودة قبل وجود القانون وبالتالي فليس اعتراف القانون بها هو الذي أوجدها بل إن وجود هذه الحقوق كان سابقًا على وجود المجتمع ذاته وكان دخول الإنسان في عضوية المجتمع مشروطًا بوجوب احترام حقوقه الأساسية ولذلك تسمى هذه الحقوق بالحقوق الطبيعية لأنها مستمدة من الطبيعة لا من القانون[2].

ولكن ولما كان الأفراد جميعًا يملكون حقوقًا متقابلة ومتساوية فقد يؤدي ذلك إلى تعارضها وتصادمها عليه فمهمة القانون هو التوفيق بين الاستعمالات المتضاربة لهذه الحقوق بحيث يؤدي ذلك إلى استفادة الجميع من هذه الاستعمالات وبما لايتعارض مع استفادة سائر الأفراد الآخرين.

ففي هذا المذهب يتركز النظام القانوني كله حول الأفراد أي على الحق باعتباره امتيازًا للأفراد وليس للقانون أي دور أو معنى إلا تحديد حقوق الأفراد وتثبيتها والدفاع عنها ضد أي اعتداء[3] ولذلك فإن طبيعة الحق في المذهب الفردي تحدد بأنها امتيازات طبيعية مطلقة سابقة في وجودها على القانون والدولة.

---

(١) د. حسن كيرة، المصدر السابق ص ١٦٦.

(٢) د. لبيب شنب دروس في نظرية الحق القاهرة، ١٩٧٧.

(٣) د. حسن ذنون فلسفة القانون، بغداد ١٩٧٥ ط ١ ص ٢٢.

المبحث الثاني

طبيعة الحق في المذهب الاشتراكي

يقوم هذا المذهب أساس مختلف عن الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي فالمذهب الاشتراكي لا ينظر إلى الفرد باعتباره كائنًا مستقلا عن غيره بل باعتباره كائنًا اجتماعيًّا يعيش في جماعة وله حقيقته الاجتماعية وهو متعاون مع غيره في تحقيق مصلحة الجماعة التي ينتمي إليها وإسعادها وإن هذا العمل المشترك هو الذي يؤدي بالنتيجة إلى خير الفرد وصالحه.

والقانون بموجب هذا المذهب ينبعث من ضرورات الحياة في المجتمع وهو لايبدأ إلا عندما تبدأ الحياة في المجتمع، والقانون هو الذي يقوم بإنشاء الحقوق ويمنحها للأفراد فليس لها وجود ذاتي أو مستقل عن القوانين التي تقررها أو تثبتها ومن ثم فلا وجود لما يسمى بالحقوق الطبيعية فالحقوق كلها قانونية لأن مصدرها القانون[1].

كما أن دور الدولة بموجب هذا المذهب ليس دورًا سلبيًّا كما في مذهب الفردي بمعنى أن دورها لا يقتصر فقط على منع الفرد من تجوز حقوقه ومنعه من الاعتداء على حقوق الآخرين بل إن لها دورًا إيجابيًّا فعالاً فهي تتدخل في شؤون الأفراد طالما أن الأمر يتعلق بالصالح العام ويعني ذلك دعوة الجماعة إلى تشديد قبضتها على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من قبضة الأقوياء[2] فالحقوق من الجماعة وللجماعة وهي تدور

(١) د. شهب ص٧.

هذا وتمتاز الحقوق في الفقه الإسلامي بأنها إلهية المصدر باعتبار إيجادها «الحقوف في الشرع الإسلامي تصدر عن الشارع، فالعقود لا تنتج آثارها إلا بحكم الشارع هي في تحقيقها لهذه الآثار أسباب جعلية أي أنها جعلت أسبابًا لأثارها بحكم الشارع وترتيب هذه الأسباب للمسببات من الشرع، ومعطي الحقوق هو الله لأنه هو الذي أنزل ذلك الشرع، وأوصى بمصادر. الأولى من القرآن بحق الملك والملك والاختصاص والاستيلاء على المباح مستمد من أحكام الشارع، فهو الذي منح حق الملك فيما يجوز امتلاكه ومنعه فيما لا يجوز امتلاكه.

محاضرة الدكتور الأستاذ محمد أبو زهرة عن التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية في أسبوع الفقه الإسلامي المنعقد في دمشق ص ٢٤.

نقلاً عن كتاب الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي للدكتور محمد فاروق النبهان طبعت في دار الفكر، بيروت لسنة ١٩٧٠ ص ١١٥.

وفي الشريعة الإسلامية فإن للحق وظيفة اجتماعية إذ الإمام الشاطبي «في الشريعة الإسلامية فالمصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة عند التعارض». الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي جـ ٢ ص ٣٥٠ مطبعة الشرق الأدنى بالموسكي، القاهرة السنة ١٠.

(٢) د. حسن كبرة، ص١٧٣.

مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي للجماعة وتتأثر بـه ويـتحكم هـو فيهـا وهـي إنـما تقـرر لمصلحة الجماعة لا لمصلحة الفرد وإنها لذلك تعتبر مجـرد اختـصاصات أو وظـائف اجتاعيـة وأصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام[1].

فالقانون الذي تصدره السلطة هو الذي يحدد حقـوق كـل فـرد وواجباتـه ويترتـب عـلى الأخذ بهذا المذهب نتائج مهمة منها:

١ - من الناحية السياسية: ليست الحرية مطلقة فهي مقيدة بالصالح العام.

٢ - من الناحية الاقتصادية: تدخل الدولة في كافة نواحي النشاط الاقتـصادي وتـشجيع النشاط العام والابتعاد عن مذهب الاقتصاد الحر.

٣ - من الناحية القانونية: التوسع في نطاق القانون وازدياد القواعد الآمرة التي تهـدف إلى إقامة المساواة بين الأفراد تضيق مبدأ سلطان الإرادة اعتبار الملكية وظيفـة اجتماعيـة وليـست حقًّا مطلقًا[2].

---

(١) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت انظر ص١٨١ وما بعده السنة بلا.

(٢) انظر قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

الفصل الثاني عشر
عناصر الحق وأركانه

يتضمن هذا الفصل معالجة موضوع عناصر الحق وأركانه:

المبحث الأول: عناصر الحق[1]

لقد بينّا عند دراستنا لتعريف الحق مدى الاختلاف بين الفقهاء في بيان ماهية الحق وبيان عناصره الجوهرية المكونة له ولكن ومع ذلك فإن دراسة تحليلية لبيان عناصر الحق الخاصة به والمميزة له تؤدي بنا إلى القول بأن الحق يحتوي على عنصرين أساسيين هما الرابطة القانونية والاستئثار.

١- الرابطة القانونية:

إذا كان اعتبار الرابطة القانونية عنصرًا أساسيًا مسلمًا به من عناصر الحق فإن الصعوبة تثور في بيان ماهية هذه الرابطة فبينما يذهب أكثر الفقهاء إلى أن الرابطة التي يحكمها القانون أي الرابطة القانونية لا يتصور وجودها إلا بين الأشخاص وحدهم إذ ليس من المتصور وجود رابطة بين الأشخاص والأشياء على اعتبار أن كل رابطة قانونية تفترض حقًا من ناحية والتزامًا من الناحية الأخرى فليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب أو التزام معين.

على أن الأخذ بهذا التصور للرابطة القانونية يؤدي بالنتيجة إلى القول بتوافرها في بعض أنواع الحق دون البعض الآخر أي بتوافرها في الحق الشخصي دون الحق العيني لذلك حاول بعض الفقهاء الخروج من هذا المأزق وذلك عن طريق التحايل في القول بأن الرابطة القانونية قائمة بين الأشخاص في الحق العيني كما هي في الحق الشخصي إذ توجد رابطة قانونية بين شخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة يلتزمون بموجبها بالامتناع من الاعتداء على حقه.

وحيث أن الرابطة القانونية ليست فقط (رابطة اقتضاء) أي علاقة بين الدائن والمدين وإنما هي كذلك (رابطة تسلط) أي سلطة مباشرة لشخص على شيء معين كحق الملكية لذلك يمكن القول بأن الروابط القانونية تنقسم إلى نوعين:

---

(١) حسن كيرة، المصدر السابق ص ٤٣٦- ٤٤٣، وشمس الدين الوكيل المدخل لدراسة القانون، الإسكندرية ١٩٦٥، ط ١ ص ٣٠١-٣٠٢.

أ- روابط اقتضاء:

وهذه لاتكون إلا بين شخص وشخص آخر يلتزم بموجبها أحدهما وهو المدين بأن يقدم أداءً معينًا للشخص الآخر الدائن.

ب- روابط تسلط:

وهذه لا تكون إلا بين الأشخاص والأشياء يمارسون بموجبها سلطة مباشرة قبل هذه الأشياء.

٢- الاستئثار:

عنصر الاستئثار معناه أن الشخص يستأثر بأشياء أو قيم أي أنه يختص بها وحده دون غيره من الأشخاص فيكون هذا الشيء أو هذه القيمة موضوع الحق تابعًا للشخص وهو يختص به ويمارس عليه ما يخوله له القانون من تسلط أو اقتضاء دون سائر الناس فالمالك يستأثر وحده بالتسلط على ملكه وله أن يتصرف فيه بالكيفية وحسب الحدود التي رسمها القانون وليس لشخص آخر معارضته في ذلك والمقرض كذلك هو وحده الذي يختص دون غيره من الأشخاص بحق اقتضاء مبلغ القرض من المقترض وليس لغيره هذا الحق بشأن نفس القرض.

٣- الحماية القانونية أو الدعوى التي يزود بها الحق والتي تكفل احترامه[1].

---

(١) يختلف رجال الفقه المختصون اختلافًا كبيرًا بصدد اعتبار الحماية القانونية عنصرًا آخر من عناصر الحق إذ بينما يوليه بعضهم أهمية كبيرة (انظر تعريف إيرنج ودابان) لا يرى البعض الآخر اعتباره كذلك ومنهم الدكتور حسن كيرة الذي يرى بأن الحماية القانونية لا تعدو أن تكون أثرًا من آثار وجود الحق واستناده إلى القانون/ حسن كيرة المصدر السابق ص٤٤٢.

المبحث الثاني

أركان الحق

لما كان لكل حق أو مركز قانوني ركنان أساسيان هما أشخاص الحق (أصحاب الحقوق) والأشياء والأعمال (محال الحقوق) لذلك سندرسها بالتتابع فنخصص الفرع الأول لأشخاص الحق والفرع الثاني للأشياء والأعمال أي لمحال الحق.

الركن الأول: أشخاص الحق:

لابد لكل حق من صاحب ينسب إليه إذ لا يمكن تصور الحق إلا منسوبًا إلى شخص من الأشخاص وإذا كان الأمر كذلك أي لا يمكن نسبة الحق إلا إلى شخص فبالمقابل فإن الواجب أو الالتزام الذي يقابل الحق لابد أن يقع هو الآخر على الأشخاص.

والشخص فينظر القانون هو كل من يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام فتثبت الشخصية القانونية للإنسان باعتباره أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهو ما يطلق عليه بالإنسان الطبيعي.

ولكن الشخصية القانونية ليست مقصورة على الإنسان وحده فهي تثبت لبعض جماعات من الأفراد ولبعض مجموعات الأموال وذلك تلبية لدواعي الضرورة العملية وهو ما يطلق عليه الشخصية الاعتبارية أو المعنوية.

لذلك يكون الكلام عن أشخاص الحق في موضوعين أولهما عن الشخص الطبيعي، وثانيهما عن الشخص الاعتيادي أو المعنوي.

(سنرجع الكلام في هذين الموضوعين إلى الفصل الثامن عشر من هذا المؤلف لضرورات اقتضتها مسألة وضع مفردات هذا الكتاب وهي مفردات واجبة الاتباع).

الركن الثاني: محل الحق

الحقوق المالية هي إما حقوق عينية أو حقوق شخصية ولما كان الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين كان الشيء هو محل الحق في هذه الحالة وفي الحق الشخصي نجد أن محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل الذي يلتزم به المدين الذي يمكن إجباره عليه.

وفي دراستنا لموضوع الحق نبين أولاً موضوع الحق الشخصي وهي الأعمال كما نبين موضوع الحق العيني وهي الأشياء.

أولا :الأعمال

الأعمال باعتبارها محلاً للحقوق الشخصية إما أن تكون أعمالاً إيجابية أو أعمالاً سلبية أي التزامًا بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويشترط في هذه الأعمال أن تكون ممكنة ومعينة أو قابلة للتعين ومشروعة.

١- أن يكون العمل أو الامتناع عنه ممكنًا أي يكون من المستطاع القيام به أو قد يكون العمل مستحيلاً استحالة مطلقة ويكون العمل مستحيلاً استحالة مطلقة إذا كان مستحيلاً لذاته أي بالنسبة للناس كافة لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب (الاستحالة الموضوعية) مثالها تعهد الشخص بعبور المحيط سباحة أو أن يلمس السماء بأصبعه وهذه هي الاستحالة الطبيعية.

وقد تكون الاستحالة المطلقة استحالة قانونية كأن يتعهد استئناف في قضية بعد انقضاء مدة الاستئناف.

فإذا كان الأمر كذلك أي كانت الاستحالة مطلقة فإنه يترتب عليها بطلان الالتزام إذ لا التزام بمستحيل.

وقد تكون الاستحالة نسبية وفيها يكون الالتزام مستحيلاً على المدين دون غيره ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح والاستحالة النسبية يكون المدين مسؤولاً عنها ويجوز المطالبة بفسخ العقد مع طلب التعويض.

٢- إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعًا عن عمل وجب أن يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه معينًا أو قابلاً للتعيين فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب أن يتعين هذا البناء بأن تعين الطبقات التي يتكون منها وغرف كل طبقة ومساحة كل غرفة ذلك من البيانات التي تعين البناء تعيينًا كافيًا وإذا كان الالتزام الامتناع عن عمل فيجب تعيين نوع العمل الذي ليمتنع المدين القيام به ومدى هذا الالتزام في الزمان والمكان.

٣- مشروعية المحل: يشترط في المحل أن يكون مشروعًا فإذا تبين أنه غير مشروع بأن كان مخالفًا للنظام العام الآداب كان الالتزام باطلاً مثال الالتزام الذي يكون محله غير مشروع التزام الشخص بارتكاب جريمة مثلاً.

ثانيًا: الأشياء

الأشياء: هي محل الحق العيني والشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل عن الإنسان كالأرض والشجر والأشياء قد تكون مادية فتدركها الحواس وقد يكون الشيء معنويًا فلا يدرك بالحس وإنما يدرك بالفكر فهي أشياء ذهنية أو معنوية والأشياء المادية هي التي تصلح محلاً للحقوق العينية أما الأشياء المعنوية فتكون محلاً للحقوق الأدبية أو المعنوية.

والأصل جواز التعامل بالأشياء أما المنع من التعامل فقد يتأتى من طبيعة الشيء فتخرجه من التعامل أو أن القانون يحرم التعامل فيه.

١- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها فالشيء قد لا يكون قابلاً للتعامل فيه نظرًا لطبيعته وذلك إذا استعصت طبيعته على هذا التعامل كأشعة الشمس والهواء والبحر فهذه أشياء مشتركة لا يحول انتفاع للبعض منها دون انتفاع الآخرين وقد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكنًا من بعض النواحي إذا أمكن الاستئثار بمقدار محدود منها كالهواء المضغوط والماء بعد حصره وإحرازه.

٢- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون وقد تكون الأشياء قابلة للتعامل فيها بطبيعتها ولكن القانون يخرجها من التعامل فيكون التعامل فيها غير مشروع ومثالها التصرف في الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة ذلك لأن إباحة التصرف فيها من شأنه تعطيل الغرض الذي خصصت من أجله ولكن يجوز التعامل فيها إذا فقدت صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ومثالها أيضًا تحريم التعامل في الآثار القديمة وتحريم التعامل في الأسلحة والمفرقعات والمخدرات إلخ......

ويلاحظ أن المشرع إنما يخرج بعض الأشياء من التعامل فإنما يكون مدفوعًا باعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة أي اعتبارات النظام والآداب.

تقسيمات الأشياء

تنقسم الأشياء إلى تقسيمات كثيرة أهمها:

١ -أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك.

٢ - أشياء مثلية وأشياء قيمية.

٣- عقارات ومنقولات.

أولاً- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك:

الأشياء القابلة للاستهلاك هي: الأشياء التي لايمكن استعمالها والاستفادة منها إلا إذا أدى ذلك إلى استهلاكها سواء كان الاستهلاك ماديًا أو قانونيًا كالنقود والمأكولات والوقود والسوائل.

أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك: فهي الأشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد هذا الاستعمال كالدور والأراضي والسيارات والآلات الزراعية وأهمية هذا التقسيم هي:

١ - أن حق المنفعة وحق الاستعمال لا يردان على الأشياء القابلة لاستهلاك ذلك أن المنتفع أو صاحب حق الاستعمال ملزم عند انتهاء حقه برد العين إلى صاحبها.

٢ - كذلك فإن هنالك من العقود التي لايمكن أن تتعلق بالأشياء القابلة لاستهلاك وهي العقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الذي تسلمه بعد استعماله كعقد الإيجار فلا يجوز تأجير شيء قابل للاستهلاك إذ أنه يترتب على استعمال هذا الشيء هلاكه.

ثانيًا – الأشياء المثلية والأشياء القيمية:

الأشياء القيمية وتسمى أيضًا بالأشياء المعينة بالذات فهي الأشياء التي تتفاوت آحادها تفاوتًا يعتد به في المعاملات ولا يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء أو يفقد نظيرها في الأسواق كالدور والأراضي والكتب الخطية والأحجار الكريمة.

أما الأشياء المثلية وتسمى أيضًا بالأشياء المعينة بالنوع فهي الأشياء التي لها نظير في أسواق التجارة بدون تفاوت بينها أو بتفاوت يسير لا يعد به التجار أو المشترون وتقدر هذه الأشياء عادة في التعامل بينها أو بتفاوت يسير لا يعتد به التجار أو المشترون وتقدر هذه الأشياء عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن كالنقود والحبوب والفواكه.

ولتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية أهمية تبدو فيما يلي:

١ - تنتقل الملكية في الأشياء القيمية كقاعدة عامة بمجرد انعقاد العقد أما في المثليات فإن انتقال الملكية أو الحق العيني يتراخى إلى حين التسليم أو للتعيين.

٢ - هلاك الأشياء القيمية يجعل تنفيذ الالتزام المنصب عليها مستحيلاً ومن ثم يصار إلى التعويض أما هلاك الأشياء المثلية فلا ينهي الالتزام لإمكان تنفيذه من جنس ما هلك.

٣ - ليس للمدين بشيء قيمي أن يدفع شيئًا غيره بدون رضاء الدائن حتى ولو كان مساويًا له في القيمة أو كان ذا قيمة أكبر أما الأشياء المثلية فيقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء وإن لم يرضى الدائن.

٤ - لا تقع المقاصة القانونية إلا بين دينين موضوع كل منهما نقود أو مثليات ذات نوع واحد متحدة في النوع والجودة.

ثالثًا: العقارات والمنقولات:

نصت المادة ٦٣ فقرة ١ من القانون المدني العراقي على أن:

العقار كل شيء له مستقر بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجل وغير ذلك من الأشياء العقارية وعرفت نفس المادة المنقول به (كل شيء يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة) (م ٦٢/ ٢) ومعيار التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الشيء فإذا أمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر دون تلف فهو منقول إلا فهو عقار وقاعدة هذا التقسيم هي:

١ - التصرف في العقار خاضع لقواعد الشكلية فلا بد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ذلك أن التصرف بالعقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري. أما التصرف المنقول فغير خاضع لهذا التسجيل والعلة في اختلاف الحكم بين العقار والمنقول فيما يتعلق بوجوب التسجيل ثبات الأول وسرعة تداول الثاني مما يجعل إخضاعه للتسجيل عسيرًا.

٢ - تحدد القوانين في كثير من البلدان تملك الأجانب العقارات بخلاف تملكهم للمنقولات أو تصرفهم فيها.

٣ - دعاوي الحيازة خاصة بالعقار دون المنقول.

٤- الشفعة خاصة بالعقار دون المنقول.

٥- التقادم المكسب هو للعقارات المسجلة في دائرة التسجيل العقاري أما في المنقول فيخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٦- الرهن التأميني يجري في العقار دون المنقول.

رابعًا العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص

العقار بطبيعته هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف (م/ ٦٣ مدني) وينطبق ذلك على كل شيء حاز صفة الاستقرار بطبيعته كالأراضي والمناجم أو نتيجة صنع صانع كالمباني والسواقي والأشجار المغروسة..

وأما العقار بالتخصيص فهو (المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصدًا على خدمة هذا العقار واستغلاله) ويشترط في اعتبار المنقول عقارًا بالتخصيص الشروط التالية:

١- اتحاد المالك أي أن يكون مالك العقار والمنقول المخصص له واحدًا فإذا كان المنقول مملوكات لشخص والعقار لشخص آخر فلا يتحقق الشرط فلا يعتبر عقارًا بالتخصيص المنقولات التي يضعها المستأجر في العقار المستأجر حتى لو رصدت لخدمة هذا العقار.

٢- أن يخصص المنقول لخدمة العقار واستغلاله ولكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التخصيص لخدمة العقار ذاته وليس لخدمة شخص مالك العقار فتعتبر المواشي المخصصة للزراعة والمحاريث وآلات الري المتحركة عقارات التخصيص كما يشمل الاستغلال الصناعي فآلات النجارة والحدادة والآلات الكهربائية تعتبر كلها عقارات بالتخصيص إذا كانت مملوكة لصاحب المصنع.

فوائد هذا التقسيم:

١- لايجوز الحجز على المنقول (للعقار بالتخصيص) مستقلاً عن العقار الأصلي.

٢- يدخل العقار بالتخصيص في بيع العقار بطبيعته دون حاجة إلى ذكره صراحة في العقد.

٣- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقارًا ويشمل بوجه خاص للعقار بالتخصيص وتزول صفة العقار بالتخصيص إذا انتهى تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله وكذلك إذا زال اتحاد المالك بأن أصبح المنقول مملوكًا للشخص والعقار لشخص آخر.

الباب السادس

مصادر الحق

الفصل الثالث عشر: الوقائع القانونية

الفصل الرابع عشر: التصرفات القانونية

تستند الحقوق في وجودها إلى القانون فكل الحقوق ترد إلى القانون لأنه هو الذي ينظمها ويحميها ولكن القانون يعتبر المصدر البعيد لكل الحقوق فما هي مصادرها القريبة والمباشرة للإجابة على هذا التساؤل نقول بأن المصدر المباشر للحقوق هي الواقعة القانونية (بمعناها الواسع) وهي حادث يقع فيرتب عليه القانون أثر سواء أكان الحادث من قبل الطبيعة أم من فعل الإنسان وسواء أكان فعل الإنسان عملا ماديًا أو تصرفًا إراديًا ولقد اصطلح على تسمية الأحداث التي هي من فعل الطبيعة وكذلك الأفعال الإرادية للإنسان بالوقائع القانونية (بمعناها الضيق) أما التصرفات والأفعال الإرادية للإنسان فاصطلح على تسميتها بالتصرفات القانونية إذ هي ليست وقائع مادية بل هي أعمال إرادية بحتة وهو اتجاه الإرادة لإحداث نتائج قانونية معينة لذلك فإن مصادر الحق قسمان هما:

١) الوقائع القانونية.
٢) التصرفات القانونية.

وقبل البحث في هذين المصدرين لابد لنا من تبيان أمرين أولهما هو أهمية التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني وثانيهما هو بيان الواقعة القانونية والتصرف القانوني كمصادر للحقوق الشخصية والحقوق العينية.

أولا – أهمية التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:

للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أهميته ذلك لأن التصرفات القانونية تنفرد ببعض القواعد دون الوقائع القانونية وحيث أن عماد التصرف القانوني هو الإرادة فإنه ينفرد بكل القواعد القانونية التي تنظم قدرة الإرادة على ترتيب الآثار القانونية فإنه ينفرد بكل القواعد المتعلقة بالإرادة وبكيفية التعبير عنها وبشروط صحتها من حيث كمال أهلية من صدر التعبير عنه كما يشترط أن الإرادة خالية من كل عيب يشوبها وهي الإكراه والغلط والتغرير والغبن والاستغلال وهي عيوب الإرادة في القانون المدني العراقي كما يلزم أيضًا أن تستوفي الشروط التي يتطلبها القانون لكي تحدث الإرادة الأثر الذي اتجهت إليه كالشكلية في بعض العقود كذلك يتطلب القانون أن يكون للالتزام محل مشروع وسبب مشروع وهذا مما يقيد من الإرادة ويجعلها محكومة بالنظام العام والآداب وبالإضافة إلى ذلك فإن للتفرقة بين التصرف القانوني والواقعة آثرها من حيث الإثبات فإذا كان المشرع قد أطلق من طرق إثبات الواقعة القانونية فإنه قد قيد إثبات التصرف القانوني[1].

ثانيًا: التصرف القانوني والواقعة القانونية كمصادر للحقوق الشخصية والحقوق العينية:

١) الحقوق الشخصية: بين القانون المدني العراقي مصادر الحقوق الشخصية وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والتي بمجموعها تمثل مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي. وهذه المصادر لا تعدو أن تكون إما تصرفات قانونية أو وقائع قانونية فيدخل في نطاق القانونية العقد والإرادة المنفردة ويدخل تحت الوقائع القانونية العمل الغير مشروع والكسب دون سبب وهنالك وقائع يتولى القانون تحديدها وبيان آثارها بشكل مباشر كالجوار والقرابة وهنا يقال بأن القانون هو المصدر المباشر للالتزام.

---

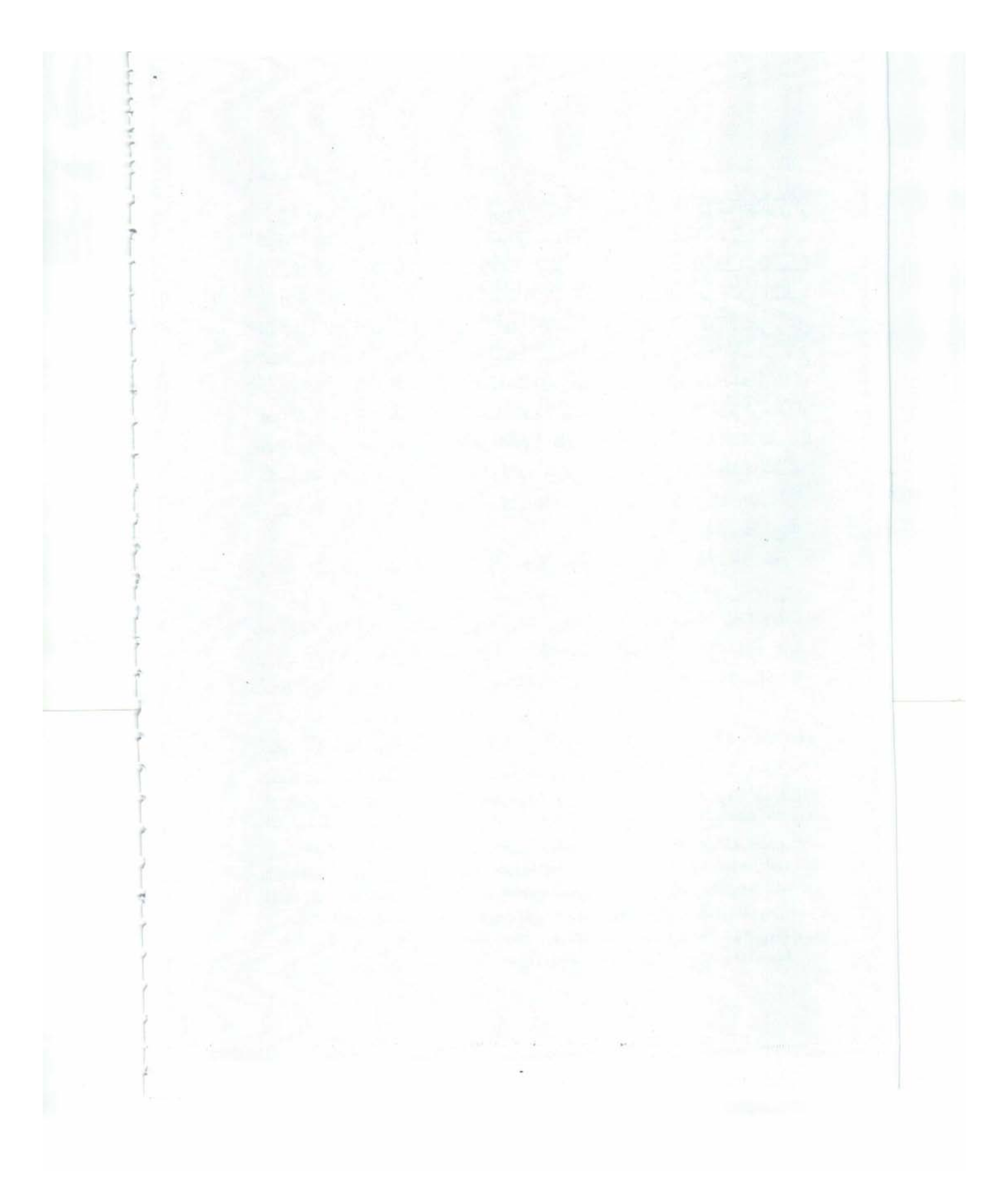
(١) د. إسماعيل غانم المصدر السابق/ ص ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨،- د. توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية ص٨٦٤.

٢) الحقوق العينية: وهذه أيضًا لا يخرج من أن تكون مصادرها إما التصرف القانوني أو الواقعة القانونية. إذ بين القانون المدني العراقي بصدد الكـ... عن الحقوق العينية أسباب كسب الملكية فجعلها تكسب بالاستيلاء ابتداء وتكسب بالموت الميراث والوصية وتكسب بين الأحياء بالالتصاق والشفعة والحيازة أما بالنسبة للحقوق العينية التي تتفرع عن الملكية فقد بحث القانون المدني حق التصرف والعقر والانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق المساطحة وحقوق الارتفاق ويتبين أن أسباب كسب ملكيتها تتشابه من حيث الأساس مع أسباب كسب الملكية إلا ما تنفرد به هذه الحقوق من أسباب تتفق وطبيعة هذه الحقوق إلا أنه يجب أن يلاحظ بأن بعض أسباب كسب الملكية لا يقتصر على التصرف القانوني لوحده أو الواقعة القانونية بمفردها بل قد يتظافر المصدران دون أن يختلطا أو أن يختلطا ليكونا سببًا لكسب الملكية وهذا النوع الجديد من الوقائع القانونية يسمى بالوقائع المركبة والمختلطة[1].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ١ طبعة ١٩٦٤ هامش ص ١٤٥.

(على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة. فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني كانت مركبة. مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار، وهذه واقعة مادية بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا عمل قانوني. أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئًا واحدًا ولكن اختلط منه العنصر المادي بعنصر الإرادة كانت الواقعة مختلطة مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي ولكن العنصر المادي هنا هو العنصر المتغلب ومثل ذلك أيضًا الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء، وهو عنصر مادي بالاتفاق على انقضاء الدين، وهو عنصر إرادي ولكن العنصر الإرادي هو المتغلب).



الفصل الثالث عشر

الوقائع القانونية

الواقعة القانونية: هي كل حدث يقع فيرتب عليه القانون أثرًا قانونيًا هو اكتساب شخص لحق لم يكن له من قبل وهذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة وقد تكون من عمل الإنسان وتخصص لكل منها مبحثًا.

المبحث الأول: الوقائع الطبيعية

وهي الوقائع التي تقع بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حصولها وتكون سببًا في اكتساب الحقوق أو في انقضائها.

فالولادة واقعة طبيعية يترتب على حدوثها قيام كافة الحقوق التي ترد على قيم لصيقة بالشخصية وذلك كحقه في سلامة جسده وحقه في حريته ثم حقوقه المترتبة على انتسابه إلى أسرة كما أن الولادة تكون مصدرًا لحق الدائنية وذلك كالحق في النفقة، والوفاة واقعة طبيعية أيضًا يترتب عليها نشوء حقوق لورثة المتوفى فتنتقل الملكية بالميراث ويصبح الوارث صاحب حق ملكية. كذلك واقعة القرابة فكون الشخص قريبًا لآخر ينشئ حقًا في النفقة للقريب المحتاج في مواجهة قريبه القادر والالتصاق وهو واقعة طبيعية يترتب عليها كسب حق الملكية فالأرض التي تتكون من طمي يجلبه للنهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون مملوكة لمالك الاراضي المجاورة[1].

ومرور الزمان واقعة طبيعية يعتبر سببًا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية إذ اقترن بالحيازة وهي واقعة مادية اختيارية من فعل الإنسان (انظر المواد من ١١٤٥ – ١١٦٤ من القانون المدني).

وقد تكون الواقعة الطبيعية سببًا لانقضاء الحقوق فهلاك الشيء وهو واقعة مادية تؤدي إلى إنقضاء الحق العيني للوارد عليه ومضي المدة وهي واقعة طبيعية تؤدي إلى انتهاء حقوق الدائنية وهكذا.

---

(١) نصت المادة ١١١٣ من القانون المدني العراقي على أنه: النهر إذا جاء بطمي على أرض فهو ملكه.....

المبحث الثاني

الوقائع الإنسانية

وهي الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان ويرتب القانون على مجرد حصولها أثرًا قانونيًا هو نشوء الحق وبصرف النظر عما إذا كان الإنسان الذي قام بالعمل قد أراد نشوء هذا الحق أم لم يرده.

وتشمل الأعمال المادية نوعين من الأعمال هي الأعمال الضارة والأعمال النافعة:

١- الأعمال الضارة: الفعل الضار هو كل عمل مادي يقوم به الشخص ويترتب عليه ضرر لشخص آخر فينشأ نتيجة هذا الفعل حق للشخص المتضرر في مطالبة مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن الأضرار التي لحقته وسواء أكان الفعل الضار الذي سبب الضرر قد وقع عمدًا أم نتيجة أهمال وتقصير.

والفعل الضار هو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية وتقوم على أركان ثلاثة.

خطأ وضرر وعلاقة مسببة بين الخطأ والضرر فإذا توافرت هذه الأركان أمكن مساءلة الفاعل ومطالبته بالتعويض فمن يتلف مالاً للغير عمدًا أو نتيجة إهماله أو تقصيره يلزم بالتعويض وفي هذه الحالة ينشأ للغير حق إذ يصير دائنًا بمبلغ للعويض[1].

٢- الأعمال النافعة: وهي كل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون سبب قانوني وهنا يرتب القانون لمن افتقر حقًّا في الرجوع على من أثرى على حسابه وذلك بمطالبته بتعويضه عما لحقه من خسارة.

٣- وإلى جانب الأعمال النافعة والأعمال الضارة توجد وقائع أخرى يرتب عليها القانون أثرًا هو اكتساب الحقوق كالاستيلاء وهو وضع اليد للتملك على مال منقول مباح لا مالك له (١٠٩٨) مدني وكذلك الأمر بالنسبة لاكتساب الحقوق عن طريق الحيازة.

---

(١) هذا ومن الجدير بالذكر أن قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ أوصى بما يأتي:
(إقامة المسؤولية العقدية في حقل الإنتاج والخدمات الإنتاجية وفي حالة الضرر الناشئ عن الأشياء الخطرة بطبيعتها - كالآلات الميكانيكية والقوى الكهربائية والمائية - على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من المسؤولية أي على أساس تحمل الشعبة) ص ٣٧ فالمسؤولية هنا تقام على أساس عنصر الضرر ولا أثر فيها لعنصر الخطأ.

الفصل الرابع عشر

التصرفات القانونية

التصرف القانوني: هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو نقله أوتعديله أو انقضائه.

والأثر القانوني الذي يترتب في هذه الحالة هو أثر إرادي أي أن الإرادة هي التي اتجهت إليه وإرادته ففي عقد البيع مثلاً تتجه إرادة البائع إلى التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وكسب الحق في الثمن ونتيجة إرادة المشتري نحو التزامه بالثمن وكسبه ملكية المبيع وهكذا.

والتصرفات القانونية تنقسم إلى قسمين بحسب ما إذا قامت على إرادة واحدة أم على توافق إرادتين أي تصرف صادر من جانب واحد وتصرف صادر من جانبين فالتصرف الصادر من جانب واحد يقوم على إرادة شخص واحد تنفرد بإبرامه وتحديد آثاره إذ أن أساسه هو الإرادة المنفردة كالإقرار والوصية الوقف والوعد بجائزة.

أما التصرف القانوني الصادر من جانبين فلا تكفي فيه إرادة واحدة لإبرامه وإنما يشترط لذلك تقابل إرادتين وتطابقهما على إحداث الأثر القانوني ويطلق على هذا النوع من التصرفات القانونية العقد أو الاتفاق كعقد البيع والهبة والقرض والرهن وغيرها.

المبحث الأول

التصرف الثاني الصادر من جانب واحد

التصرف القانوني الصادر من جانب واحد يقوم على إرادة شخص واحد تنفرد بإبرامه وتحديد آثاره إذ أن أساسه هو الإرادة المنفردة فالإرادة المنفردة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد وهي بهذا الاعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية كالإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف وهي قادرة على إنشاء حق عيني كالوصية فهي تكسب الموصى له الحق في الملكية وهي قد تؤدي إلى زوال حق عيني كالتنازل عن الرهن كما أنها تستطيع أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد كما في الوديعة والوكالة وهي قد تؤدي إلى إسقاط حق شخصي عن طريق الإبراء (م/ ٤٢/ ق. م.ع.) ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟

للإجابة على هذا السؤال يجب ان نميز بين حالتين:

١- حالة إنشاء الحق لمن صدرت عنه الإرادة أو إنشاء الالتزام على عاتق الغير والحالة هذه غير ممكنة إذ لا يستطيع الشخص وبإرادته المنفردة أن ينشئ لنفسه حقًّا يلتزم به وغيره.

٢- والحالة الثانية هي إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الإرادة أو الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة: وهذه الحالة ممكنة بشروط.

وبتعبير آخر هل تصلح الإرادة المنفردة بأن تكون مصدرًا من مصادر الالتزام وهنا نستطيع أن نقول بأن الاتجاه السائد في التشريعات الحديثة هو اعتبار العقد مصدرًا أساسيًّا والإرادة المنفردة كمصدر ثانوي يقتصر على الحالات التي يكون فيها فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها.

وهذا هو اتجاه القانون المدني العراقي إذ عالج هذا القانون الإرادة المنفردة في مادتين هما المادة ١٨٤ و ١٨٥ فنص في الأولى على أن الإرادة لاتلزم صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك وعندئذ يسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين.

ومن الحالات التي تلزم الإردة المنفردة فيها صاحبها هي:

١- الإيجاب الملزم وهو ما تنص عليه المادة ٨٤ من القانون المدني العراقي التي تقول (إذا حدد الموجب ميعادًا للقبول التزم بإيجابه إلى أن يقضى هذا الميعاد)

٢- المؤسسات الخاصة: وهي تنشأ بالإرادة المنفردة ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بالوصي والسند الرسمي تصرف بإرادة منفردة حال الحياة والوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت. والإرادة المنفردة تنشيء المؤسسة وهي شخص معنوي وتنشئ الاتزامًا نحو هذا الشخص (م/ ٥٢/ ق. م.ع).

٣- تطهير العقار المرهون رهنًا تامينيًّا ويكون ذلك بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بإيفاء الديون المقيدة إلى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار والحائز يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة بدفع المبلغ الذي عرضه وطيلة الفترة السابقة على اتخاذ الدائنين موفقًا من هذا العرض بالقبول أو الرفض (م/ ١٣٠٨ / ق. م.ع).

٤- الوعد بجائزة: نص القانون المدني العراقي في مادته ١٨٥ على الوعد بجائزة (الوعد بجعل) كتطبيق نموذجي لالتزام مصدره الإرادة المنفردة إذ نصت هذه المادة على أنه بـ (من

وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد).

مثال ذلك: أن يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين كبحث علمي أو رسم هندسي أو تنفيذ لوحة فنية أو لمن يعثر على شخص مفقود أو شيء ضائع فمن قام بالعمل استحق الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل.

المبحث الثاني

العقد

يعرف العقد بأنه اتفاق إرادتين متطابقتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وبشرط أن يقصد العاقدان إحداث أثر قانوني فإذا لم يكن الأمر كذلك فلا يمكن أن يقوم بينهما عقد بالمعنى الذي نريده.

هذا وقد عرف القانون المدني العراقي العقد في مادته (٧٣) بقوله بأنه «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه».

وإذا كان العقد يقوم على الإرادة أي تراضي المتعاقدين وما دام الرضاء يتجه نحو إحداث أثر قانوني يكون موضوعه التزامًا أو التزامات لكل منها محل يقوم عليه وغاية مشروعة دعت إلى قيامه فيمكن القول بأن للعقد أركانًا ثلاث هي الرضاء والمحل والسبب فإذا تخلف أحد هذه الأركان كان جزاء العقد البطلان.

وهذا وتتطلب منا دراسة العقد بشكل موجوز البحث في النقاط التالية وهي على التتابع أركان العقد والبطلان ثم آثار العقد وأخيرًا إنحلال العقد.

أولا: أركان العقد

أركان العقد ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب.

١ - الرضاء: يتطلب الرضاء وجود الإرادة فإذا انعدمت الإرادة انعدم الرضاء وبالتالي فلا يتوافر الرضاء إذا صدر عن صبي غير مميز أو مجنون إذ لا اعتبار لإرادتهم وتقع تصرفاتهم

باطلة بطلانًا مطلقًا إذ لا يعتد إلا بالرضاء الصادر من شخص مدرك مميز.

كذلك لا يعتبر الرضاء قائمًا إلا في الحدود التي تتطابق فيها إرادة كل من الطرفين المتعاقدين مع إرادة الطرف الآخر وهذا ما يسمى بتوافق الإيجاب مع القبول.

وأخيرًا فإنه يشترط لكي يقوم العقد صحيحًا أن يوجد الرضاء صحيحًا وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر عن ذي أهلية له وإن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرضاء وعيوب الرضاء هي الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال.

أ- الإكراه:

الإكراه كما يعرفه الفقه الحديث هو ضغط غير مشروع على إرادة الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد.

وقد عرفه القانون المدني العراقي في مادته ١١٢ فق ١ بأنه: (هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل دون رضاه).

ومثاله أن يضرب شخص آخر أو أن يهدده بالضرب أو القتل أو الحبس أو بالاعتداء على العرض أو بأي أذى آخر حتى يدفعه على أن يعطيه مبلغًا من المال أو أن يبيع له ماله أو أن يجري غير ذلك من التصرفات.

ب- الغلط:

وهو وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ويكون هو الدافع على التعاقد فهو والحالة هذه تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف قانوني ما كان ليبرمه لو تبين له حقيقة الأمر كمن يشتري تمثالاً معتقدًا أنه قطعة أثرية ثم يتبين أنه مجرد تقليد أو كمن يشتري حلية معتقدًا أنها من الذهب الخالص ثم يتبين أنها من النحاس أو من النحاس المطلي بالذهب.

جـ - الغبن مع التغرير:

التغرير هو إيهام الشخص بما يرغبه في الإقدام على التعاقد ويكون ذلك بالفعل أي بالقيام بإجراءات فعلية من المتعاقد في المعقود عليه يظهره به أحسن مما هو على حقيقته فيدفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح كصبغ الثوب القديم ليظهر جديدًا.

أو بالقول أي بذكر بيانات للطرف الآخر ترغبه في التعاقد كأن يذكر له بأن البضاعة قد انقطع استيرادها فيدفعه إلى شرائها أو بأن فلانًا قد دفع فيها سعرًا معينًا لم يقبله هو فيدفعه لشرائها بمبلغ أكبر والواقع لم يدفع بها ما ذكره البائع.

والتغرير وحده لا يعتبر عيبًا من عيوب الرضاء فلا بد من أن يصاحبه الغبن. والغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه فإذا دفع المشتري مثلاً للبائع ثمنًا أقل من القيمة الواقعية للشيء المبيع اختل فكان البائع مغبونًا والمشتري غابنًا والعكس بالعكس.

د- الاستغلال:

هو أن يستغل شخص في آخر طيشه البين أو الهوى الجامح الذي يتملك عليه نفسه أو حاجته أو عدم خبرته فيجعله يبرم تصرفًا يؤدي إلى غبنه مثاله أن تستغل شابة دلالها على زوجها الشيخ هواءه الجامح نحوها وتحمله بذلك على أن يهبها ماله. (انظر المادة ١٢٥ ق. م.ع).

٢- **المحل**: الركن الثاني من أركان العقد هو المحل الذي لابد لكل تصرف من محل يقوم عليه وبغيره فإنه لا يقوم ومحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن أو هو المعقود عليه في العقد والمحل إما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فعقد البيع لا يقوم مثلاً إلا إذا وجد محله وهو الشيء المبيع والثمن الذي يدفعه المشتري وعقد الإيجار لا ينعقد إلا إذا وجد الشيء المؤجر واتفق فيه على قيام المستأجر بدفع أجرة في مقابل الانتفاع بالعين المأجورة.

ويشترط في المحل أن يكون موجودًا أو ممكنا غير مستحيل كما يشترط فيه أن يكون معينًا أو قابلاً للتعيين وغير مخالف للنظام العام والآداب (مشروعًا).

٣- السبب:

وهو الركن الثالث من أركان العقد والسبب في الالتزام العقدي وثيق الصلة بالإرادة إذ لا يتصور تحرك الإرادة دون سبب.

فقد يقصد بسبب الالتزام بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من التزام البائع بتسليم المبيع هو الحصول على الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن حصوله على

المبيع وقد يقصد بالسبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد والباعث الدافع إلى التعاقد هو الغرض البعيد وغير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد (النظرية الحديثة).

ففي عقد البيع مثلاً يكون الدافع أو الباعث الذي دفع المشتري إلى الشراء قد يكون الحصول على الشيء المبيع للسكن أو محل لممارسة التجارة أو ناديًا للقمار: هذا ويشترط وجود السبب وقت إبرام العقد فإذا لم يوجد السبب ابتداء كان العقد باطلاً ولا يكتفي لقيام العقد وجود السبب فحسب بل يجب فوق ذلك أن يكون السبب مشروعًا بمعنى أن لا يكون مخالفًا للنظام العام والآداب فإذا كان كذلك كان العقد باطل بطلانًا مطلقًا مثاله أن يهب شخص مبلغًا من المال لامرأة بقصد إقامة علاقة غير مشروعة معها أو لحملها إلى الاستمرار في تلك العلاقة (انظر نص المادة ١٣٢ من ق. م. ع).

٤- جزاء تخلف أحد أركان العقد أو عدم توفر شروط أي ركن فيه (البطلان).

البطلان الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف أحد أركان العقد أو عدم توافر الشروط التي استلزمها في كل ركن فيه.

فإذا تخلف أحد أركان العقد بأن انعدم الرضاء أو المحل أو السبب أو الشكلية في العقود التي يفرض القانون وقوعها بشكل معين كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري لصحة العقود الناقلة لملكية عقارها أو عدم استيفاء الشروط التي أوجب القانون توفرها في هذا الركن أو ذاك كان العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا ولا يترتب عليه أي أثر قانوني أما إذا توافرت أركان العقد واستوفى كل من السبب والمحل لشروطها واختلت شروط ركن الرضاء بأن صدر التصرف من ناقص الأهلية أو كان رضاء التصرف مشوبًا بعيب من عيوب الرضاء كالإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال كان باطلاً بطلانًا نسبيًا أي قابلاً للإبطال (موقوفًا في القانون المدني العراقي أنظر في المواد ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، من القانون المذكور)[1] فينتج آثاره القانونية إلى أن يقضي بإبطاله بناء على طلب ذوي المصلحة في ذلك.

---

(١) العقد الموقوف: هو ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة أما الإكراه والتغرير والتقرير مع الغبن أو كان العاقد محجورًا عليه فاقد الأهلية، ووقف العقد معناه عدم إفادة حكمه في الحال فهو صحيح ولكنه غير نافذ وحكمه أن للعاقد بعد زوال سبب الوقف أن ينقض العقد فيصبح باطلاً من الابتداء أو أن يجيزه فيصبح نافذًا بأثر رجعي.

ثانيًا: آثار العقد

إذا نشأ العقد صحيحًا توفرت له قوة ملزمة وأمكن إجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه وحتى يكون هذا التنفيذ ممكنا يجب تحديد أطراف العقد أولاً وموضوعه ثانيًا والأصل أن أثر التصرف قاصر على من يقوم بإنشائه وهو ما يسمى بنسبية أثر العقد من حيث الأشخاص وكذلك فإن الأصل أيضا أن المتعاقد لا يلزم بها لم يتضمنه العقد وهو ما يسمى بنسبية أثر العقد من حيث الموضوع.

١ - أثر العقد من حيث الأشخاص: إذا كان الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين بحيث لا يمكن أن يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفًا فيه فإنه يجوز استثناء أن ينصرف أثر العقد إلى غير المتعاقدين فيجوز أن يكسب شخص حقًّا من عقد لم يكن طرفًا فيه (الاشتراط لمصلحة الغير). هذا ويجب أن نلاحظ أن لفظ المتعاقدين يشمل بالإضافة إلى المتعاقدين نفسيهما خلفهما العام وخلفهما الخاص.

الخلف العام:

هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثلث والربع والنصف كالوارث والموصي له بجزء شائع من التركة كالثلث والخلف يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي أبرمها سلفه.

هذا وقد نصت الفقرة من المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي على أنه ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام........

الخلف الخاص:

هو من يخلف الشخص في مال معين من أمواله كالمشتري والموصي له بعين معينه (كملكية دار معينة مثلاً) وهذا لا يتأثر بالتصرفات التي يجريها السلف إلا إذا كانت تلك التصرفات تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه كما يجب أن يكون التصرف صادرًا من سلفه قبل انتقال الشيء إليه فإذا ما رهن شخص داره لدى المصرف العقاري ثم باعها فإنها تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة.

٢- اثر العقد من حيث الموضوع:

ومعنى ذلك أن المتعاقد لا يلزم إلا بما تضمنه العقد ولا يلزم بغير ذلك بمعنى أن قوته تنحصر بما ورد فيه فإن له في حدود موضوعة قوة نفاذ مساوية لقوة القانون فيجب على المتعاقد أن ينفذ ما رتبه العقد في ذمته من التزامات وإلا كان مسؤولا من عدم تنفيذها وهذا ما يعبر عنه في الفقه بأن العقد شريعة المتعاقدين ولقد بينت المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد فقالت: إذا نفذ العقد كان لازمًا. ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أوبالتراضي.

فكما لا يجوز الرجوع عنه أو تعديله إلا باتفاق للطرفين أو طبقًا لنص القانون فإنه لا يجوز للقاضي أن ينهي العقد أو يعدله تأسيسًا على أعتبارات للعدالة إلا إذا أجاز للقانون ذلك وهذا ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي التي تقول: (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك..) وعلى هذا يترتب على الحادث الطارئ أن يكون للقاضي سلطة تعديل العقد.

المسؤولية التعاقدية: المسؤولية التعاقدية هي جزاء إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه والناشئة عن العقد فالعقد إذا نشأ صحيحًا يكون واجب التنفيذ ويجبر المدين على ذلك بعد إعذاره وبخلافه فيحكم عليه بالتعويض جزاء عدم التنفيذ إلا إذا تبين أن استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي حيث قالت: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينًا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر في تنفيذ التزامه......).

عليه فالمسؤولية التعاقدية لا تنشأ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام الناشيء عن العقد عينًا وشرط أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ولما كان مناط الحكم بالتعويض أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن لذا فلابد من توفر شرط المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

والخطأ العقدي يكون بعدم تنفيذ المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد ويتحقق الخطأ بهذا المعنى أي كان السبب في عدم تنفيذ الالتزام وسواء رجع ذلك إلى غش المدين وسوء نيته أو إلى إهماله أو إلى فعله المجرد من الإهمال وعلى هذا فإن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو بذاته الخطأ العقدي أما الضرر فهو ما يلحق الدائن من أذى نتيجة عدم التنفيذ والضرر الذي يلحق العاقد قد يكون ماديًا يلحقه في ماله وقد يكون أدبيًا يلحقه في شرفه واعتباره أو في عاطفته وشعوره.

أما الركن الثالث فهو علاقة السببية بين منقول والضرر إذ لا يكفي وجود خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن بل يشترط فوق ذلك أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فإذا انقطعت علاقة السببية انتفت المسؤولية كأن يثبت المدين بأن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لابد له فيه.

ثالثًا: انحلال العقد

يقصد بانحلال العقد زواله بعد إبرامه ويتم ذلك عن طريق الإلغاء والفسخ والانفساخ والإقالة.

١ - الإلغاء: وهو إنهاء العقد بإرادة أحد الطرفين وزوال أثر العقد في هذه الحالة يقال له إلغاء بإرادة منفردة وأهم العقود التي أجاز القانون إلغاءها بإرادة منفردة هي الوكالة والوديعة والعارية.

٢ - الفسخ: هو زوال العقد الملزم للجانبين بأثر رجعي بناءً على طلب أحد طرفي العقد وذلك بتخلف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه ويشترط كقاعدة عامة لكن يقع الفسخ بعد أن يصدر حكم به من القضاء وأن كان يجوز أن يتفق المتعاقدان على العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه عند تخلف أحد العاقدين في الوفاء بالالتزام فيقع الفسخ في هذه الحالة بمقتضى الاتفاق.

٣- الانفساخ: إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لابد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ويترتب على انقضاء الالتزام على هذا الوجه أن ينقضي الالتزام الذي يقابله.

٤ - الإقالة: إذا اتفق المتعاقدان على إلغاء العقد وإرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ورد ما سلم إلى صاحبه فإن هذا الاتفاق صحيح ويقال لـه (الإقالـة) فالإقالـة عقـد كـسائر العقود وهي في الوقت نفسه فسخ اتفاقي بين المتعاقدين ـهذا ما نصت عليه المـادة ١٨٣ مـن القانون المدني العراقي التي تقول: (الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد).

الباب السابع

أقسام الحق

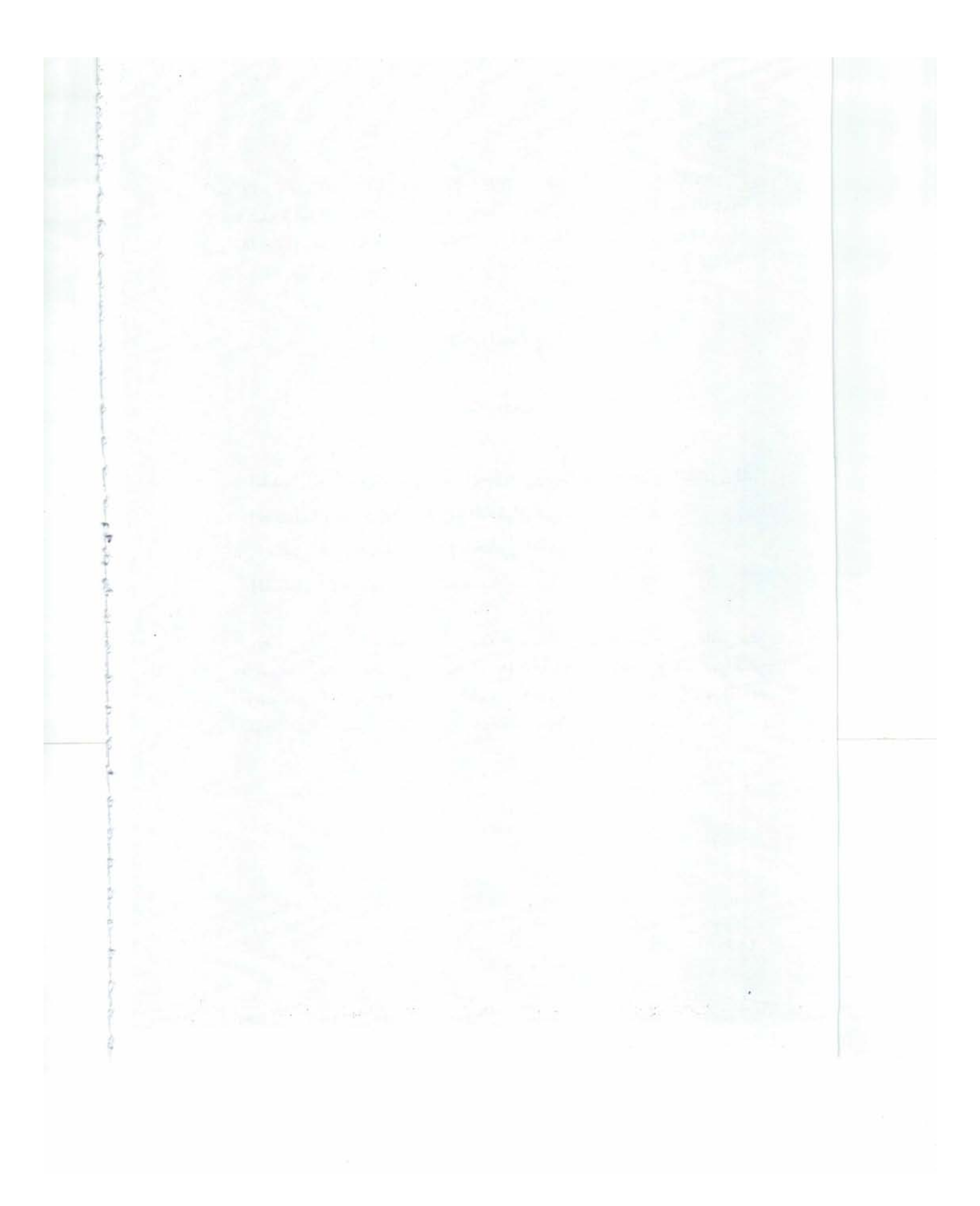
الفصل الخامس عشر: أقسام الحق من حيث مدى حماية القانون له.

الفصل السادس عشر: أنواع الحقوق من حيث مناطها.

الفصل السابع عشر: أنواع الحقوق المدنية.

الفصل الثامن عشر: الشخصية.

يتضمن هذا الباب البحث في عدة مواضيع خصص لكل منها فصل الفصل الخامس عشر وموضوعه (أقسام القانون من حيث مدى حماية القانون له) والفصل السادس عشر وموضوعه (أنواع الحقوق من حيث مناطها) والفصل السابع عشر وموضوعه (أنواع الحقوق المدنية) والفصل الثامن عشر وموضوعه (الشخصية).



الفصل الخامس عشر

أقسام الحق من حيث مدى حماية القانون له

ليست الحقوق كلها من صنف واحدًا وإنما هي تنقسم إلى عدة أنواع ذلك حسب الزاوية التي تنظر منها إلى الحقوق ومن هذه التقسيمات تقسيم الحقوق إلى حقوق تامة وأخرى ناقصة بحسب الحماية التي يعطيها القانون لها.

المبحث الأول

١ - الحقوق التامة: وهي تلك الحقوق التي لايقتصر دور القانون على تقريرها بل يحيطها بحماية بها يمكن صاحبها من الإفادة منها ولو عن طريق الجبر والقهر فإذا كان للدائن الحق في أن يجبر المدين على الوفاء بمحل الالتزام فله أن ينفذ الالتزام جبريًّا إذا لم يقم المدين بتنفيذه باختياره ولذا كان الالتزام الذي يحتوي على هذه السلطة التزامًا إذ أنه ينطوي على عنصرين هما:

١ - عنصر المديونية: وهو الواجب القانوني الذي على المدين والذي مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين وهذا الواجب ينقضي بالوفاء الاختياري.

٢ - عنصر المسؤولية: ومؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه وهذه المسؤولية تقع على عاتق المدين في ماله لا في جسمه ولايكون الالتزام كاملاً إلا اجتمع فيه هذان العنصران ويقال له في هذه الحالة التزام مدني.

المبحث الثاني

٢- الحقوق الناقصة: وقد يوجد عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية وفي هذه الحالة يكون الالتزام ناقصًا ويقال له التزام طبيعي.

فالالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا جبر على المدين في تنفيذه ومن أمثلته أن يكون هنالك دين قد مر عليه الزمن المانع من سماع الدعوى أو دين رفضت الدعوى به بسبب يمين حاسمة أداها المدين على البراءة.

وقد نصت المادة (١٩٩) من القانون المدني المصري على أنه.

١- ينفذ الالتزام جبرًا على المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعًا فلا جبر في تفيده ويتميز الاتلزام الطبيعي بأمرين.

الأول: أن الدائن لا يستطيع أن يجبر المدين على الوفاء به.

الثاني: أن المدين إذا أوفى به عالمًا أنه يوفي بالتزام طبيعي لاجبر فيه كان وفاؤه صحيحًا وامتنع عليه أن يسترد ما أوفى إذ أن الالتزام الطبيعي وإن خلا الإجبار إلا إلا أنه ذلك قائم ووجود في الذمة فإذا قام به المدين باختياره فإنما يقوم بذلك مستجيبًا فيه لوحي ضميره إذ أنه غير مجبر عليه ولكن مع ذلك فإن تنفيذه يعتبر وفاء وليس تبرعًا وبالنتيجة فإننا نقول بأن الحق الناقص هو حق موجود يعترف به القانون ولكنه لايحيميه ويقابل الحق الناقص في جانب الالتزام الطبيعي.

وهذه الحقوق الناقصة لا تعتبر مجرد حقوق أخلاقية؛ لأن الحق الخلاقي هو حق لايشغل ذمة المدين به وبعبارة أخرى هو حق لايعترف القانون بوجوبه كحق الفقير في مال الغني أي حق الصدقة. أما الحق القانوني الناقص فهو حق يعترف القانون بوجوبه في ذمة المدين وغاية ما في الأمر أن القانون لا يساعد صاحب الحق في الحصول على حقه جبرًا عن المدين.

فالحق القانوني الناقص هو منزلة وسطى بين الحق القانوني الكامل (التام) وبين الحق الأخلاقي[١].

---

(١) د. محمد سامي مذكور (نظرية الحق)، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٣٣-٣٤.

الفصل السادس عشر

أنواع الحقوق من حيث مناطها

يقسم الكتاب الحقوق إلى أنواع كثيرة ولكن أهم هذه التقسيمات هو تقسيم الحقوق إلى قسمين رئيسين هما الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية.

المبحث الأول: الحقوق السياسية

تسمى الحقوق السياسية أيضًا بالحقوق الدستورية لأنها؛ تقرر عادة بالدستور وتعرف بأنها تلك الحقوق التي تتقرر للشخص باعتباره عضوًا في جماعة سياسية معينة وذلك لتمكينة من الإسهام في توجيه شؤون الدولة كحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وحق الترشيح للمجالس التي تتكون بالانتخاب.

خصائص الحقوق السياسية:

١ - أنها مقصورة على الوطنيين فهي لا تثبت للأجانب؛ لأن المساهمة في توجيه شؤون الدولة هو من الأمور الخطيرة فلا تترك لغير المتمتعين بجنسيتها.

٢ - أنها ليست حقوقًا خالصة بل هي حقوق تخالطها الواجبات كحق الانتخاب فالمواطن له حق الإدلاء بصوته في الانتخابات ولكن ذلك الإدلاء يعتبر واجبًا عليه.

المبحث الثاني

الحقوق غير السياسية

وهي تلك الحقوق التي لا علاقة لها بتسيير شؤون الدولة بل هي تتقرر للأفراد بغية تمكينهم من ممارسة نشاطهم الاعتيادي في الجماعة وهي تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما الحقوق العامة والحقوق المدنية ونقصر بحثنا هنا على الحقوق العامة.

الحقوق العامة:

وهي تلك الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده أي لكونه إنسانًا ومثالها حق الإنسان في أن يكون له اسم وحقه في سلامة جسده وحقه في التنقل من مكان إلى آخر والحق

في السمعة الشرف. وهي تثبت لكل إنسان و طنيًّا كـان أم أجنبيًّـا دون النظـر إلى أي اعتبـار ولهذا تسمى بحقوق الإنسان.

وهذه الحقوق منها ما يرد على المقومات المادية للإنسان كالحق في سلامة الجسد ومنهـا مـا يرد على المقومات المعنوية كالحق في الشرف ومنها ما يرد على نشاط الإنسان كالحق في الزواج والتنقل.

خصائص الحقوق العامة:

١- الحقوق العامة لا يجوز التصرف فيها:

فالحقوق العامة لايجوز التصرف فيها فلا يجوز لأي شخص أن ينقل الحقوق العامة التـي له إلى غيره سواء أكان ذلك بمقابل أم مجانًا فليس لأحد النزول عن حريته الشخصية مثلاً.

والحقوق العامة لصيقة بشخصية صاحبها وبالتالي فهي لا تنتقـل لورثتـه بعـد وفاتـه بـل تنقضي بمجرد الوفاة.

٢- الحقوق العامة لا تسقط ولا تكتسب التقادم (مضي المدة):

أي أنها لا تسقط بعدم استعمالها فترة مهما طالت بل تبقى لصاحبها كذلك فهي لا تكتسب بمضي المدة.

٣- الاعتداء على الحقوق العامة ينشئ لصاحبها الحق في التعويض:

فالاعتداء على جسم الإنسان والإخلال بسمعته وانتحال اسمه ينـشئ لـه حقًّـا بالمطالبـة بتعويض الأضرار التي نتج من هذا الاعتداء.

الفصل السابع عشر

أنواع الحقوق المدنية

وهذه الحقوق لا تتقرر لأي إنسان بل لأولئك الذين تتوفر فيهم شروط اكتسابها وهي على ثلاثة أنواع هي:

حقوق الأسرة والحقوق المالية والحقوق الذهنية.

المبحث الأول

حقوق الأسرة

وتسمى أيضًا بالحقوق العائلية وهي تتقرر للشخص باعتباره عضوًا في أسرة معينة وهي سلطة مقررة لشخص في مواجهة شخص آخر تربطه به رابطة قرابة أو زواج كولاية الأب على نفس ومال الصغير وحضانة الأم لأطفالها.

والملاحظة أن هذه الحقوق لا تمنح للشخص لتحقيق مصالحه الخاصة ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بكاملها.

كما يلاحظ بأنها حقوق غير مالية لذلك فهي تخرج عن دائرة التعامل من حيث الأساس وبالتالي فلا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها.

على أن من حقوق الأسرة ما يمكن تقويمه بالمال كالحق في النفقة والحق في الإرث.

المبحث الثاني

الحقوق المالية

وهي تلك الحقوق التي يمكن تقويم محلها بالمال والحقوق المالية وهي إما عينية أو شخصية وإلى جانب هذين الحقين يوجد حق آخر هو الحق الذهني أو المعنوي وفيه يوجد إلى الجانب المعنوي جانب آخر هو الجانب المادي أو المالي.

المطلب الأول: الحقوق العينية

عرف القانون المدني العراقي الحق العيني في مادته ٦٧ بأنه:

الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ومحل الحق العيني هو شيء من الأشياء فلصاحب الحق مباشرة حقه دون وساطة أحد فمالك الدار يستطيع أن يستعملها لنفسه وإن يؤجرها لغيره أو أن يتصرف فيها بكافة التصرفات دون تدخل من شخص آخر.

والحقوق العينية قسمان: الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

أولا: الحقوق العينية الأصلية:

وهي تلك الحقوق التي تخول صاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بصورة كاملة أو ناقصة وقد سميت هذه الحقوق بالحقوق العينية الأصلية لأنها تقرر مستقلة بذاتها غير مستندة في وجودها على غيرها وتشمل حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحق المنفعة والاستعمال والسكني والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الإجازة الطويلة (م / ٦٨/ مدني) وفيما يلي موجز لأهم هذه الحقوق:

١- حق الملكية:

يعتبر هذا الحق أوسع الحقوق العينية الأصلية من حيث السلطات التي يمنحها للمالك إذ أنه يخوله سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ولقد عرفت المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي الملكية على النحو الآتي:

(الملك التام في شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينًا ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين لمملوكه وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) ويتبين من هذا التعريف أن عناصر حق الملكية ثلاثة وهي:

أ- الاستعمال:

وهو عبارة عن استخدام المالك للشيء فيما يصلح له وذلك للحصول على منافعه فإذا كان أرضًا زراعية قام بزراعتها وإذا كانت دارًا سكنها وإذا كانت كتابًا قرأه وقد يختلط الاستعمال مع التصرف في الأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال كالطعام والنقود.

ب- الاستغلال:

وهو عبارة عن القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ما يولد من الشيء أو ينتج عنه من ثمار ومنتجات والثمار هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية ولا يترتب على أخذها انتقاص الأصل كمحصول الأرض وفوائد النقود أو أجر الدار.

أما المنتجات فهي ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب على أخذها انتقاص الأصل كأحجار المحاجر وملح الملاحات ومعادن المناجم.

جـ - التصرف:

والتصرف نوعان: مادي وقانوني فلمالك الشيء أن يتصرف بالشيء المملوك له تصرفات مادية فإذا كان منزلاً فله أن يهدمه كله أو بعضه وإذا كانت وقودًا استهلكه... إلخ وللمالك أن يتصرف بالشيء المملوك له تصرفيات قانونية لا تؤثر في كيانه المادي كنقل ملكية الشيء أو ترتيب حق عيني آخر عليه.

ويتميز حق الملكية عن بقية الحقوق الأخرى بأنه حق دائم ويداوم محله وبأنه لايسقط بعدم الاستعمال.

والجدير بالذكر أن النظرة القانونيه للملكية قد تطورت فلم تبقى الملكية حقًا مطلقًا مقدسًا بل أصبحت الملكية وظيفة اجتماعية ينظر القانون أداء هذه الوظيفة وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة للمجتمع وهذا هو اتجاه المشرع العراقي.

٢- حق التصرف:

وهو حق عيني عقاري يتعلق بالأراضي الزراعية من حيث الانتفاع بها واستغلالها للأغراض الزراعية وحق التصرف كأن يتأتى للأفراد عن طريق تفويض الأرض لهم أو منحها لهم باللزمة وأنه قابل للإرث بعد وفاة المتصرف فينقل إلى أصحاب حق الانتقال حسب أحكام القانون المدني كما أنه قابل للتصرف به.

٣- حق الانتفاع:

وهو حق عيني مقرر بشخص على عين مملوكة لآخر يخوله سلطة استعمال هذا الشيء واستغلاله لمدة معينة وينتهي حتمًا بوفاة المنتفع أو انقضاء الأجل المحدد له. وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام حق الانتفاع وبين خصائصه في المواد (١٢٤٩ – ١٢٦٠).

خصائص حق الانتفاع:

١ - أنه حق عيني يأخذ صفة الشيء الذي يستقر عليه فهو حق انتفاع عقاري أو حق انتفاع منقول.

٢ - أنه حق مستقل عن ملك الرقبة.

٣ - أنه حق مؤقت بطبيعته.

٤ - يجوز النزول عن حق المنفعة للغير أو بيعه أو إيجاره إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

٥ - يقع على العقار أو المنقول.

٦ - المال المنتفع به أمانة بيد المنتفع.

حق الاستعمال والسكنى: (وهو صورة من صور حق الانتفاع)

ويعرف أنه هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تخوله استخدام هذا الشيء لمدة معينة وهذا ما أشارت إليه المادة ١٢٦١ مدني بقولها (يصح أن يكون تملك المنفعة قاصرًا على الاستعمال أو السكنى ويتحدد حق الاستعمال والسكنى بمقدار ما يحتاجه صاحب الحق وأسرته في خاصة انفسهم فنطاقه إذن محدود بالحاجات الشخصية لصاحب الحق فلا يجوز له التنازل عنها للغير إلا إذا اشترط ذلك صراحة وفيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام المتعلقة بحق المنفعة على حق الاستعمال وحق السكنى مادامت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (١٢٦٥ مدني).

٤- حق المساطحة:

وهو حق عيني عقاري يخول صاحبه في أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، والعقد هو المصدر الوحيد لحق المساطحة وهو الذي يحدد حقوق المساطح والتزاماته ويلزم القانون بتسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري (م / ٢٢٩ ز، ٢٣ ق. ت. ع، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١) وحق المساطحة كما يرد على الأرض المملوكة يصح أن يرد على الأرض الموقوفة وقفًا صحيحًا ومدة حق المساطحة يجب أن لا يزيد عن خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك كما أن حق المساطحة لا يزول بزوال البناء قبل انتهاء المدة (م / ١٢٦٧ مدني) ويتبين من أحكام المساطحة الواردة في المادة (١٢٦٩ مدني) بأن للمسطح حقين الأول حتى المساطحة نفسه وهو حق عيني على الأرض يخول بموجبه البناء على أرض الغير والثاني حقه في الأبنية والمنشأت التي أضافها وهو حق الملكي التامة وللمساطح أن يتصرف فيما أحدثه من أبنية

ومنشآت مقترنًا بحق المساطحة ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك وعلى أن لا يخل ذلك بحقوق صاحب الأرض هذا وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالميراث والوصية ثم هو ينقضي بانقضاء المدة المحددة له أو باتحاد الذمة وقد تنقضي المساطحة قبل انتهاء مدتها بالاتفاق أو بالاستناد إلى حكم قضائي حائز درجة الثبات (م/ ٣٣٤ ق. ت. ع).

٥- حقوق الارتفاق:

تعرف المادة ١٢٧١ من القانون المدني العراقي حق الارتفاق بقولها:

(الارتفاق حق يحدد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر)

فحق الارتفاق تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار آخر يملكه مالك آخر ويطلق على العقار المحمل بحق الارتفاق اسم العقار الخادم أو المرتفق به وعلى العقار الذي تقرر له الحق اسم العقار لمخدوم أو المرتفق مضمون حق الارتفاق تخويل المتفع بالعقار المخدوم سلطة استعمال العقار الخادم على نحو معين أو سلطة منع مالك العقار الخادم من بعض أوجه الاستعمال التي كان يحق له ممارستها لو لا وجود الارتفاق ومثاله حق المرور المقرر لعقار لا يتصل بطريق عام عبر عقار آخر يتصل به، ومثاله أيضًا حق المجرى وحق المسيل، ومصادر حقوق الارتفاق خمسة: هي العقد والميراث والوصية والتقادم وتخصيص المالك (م ١٢٧٢/ مدني).

وينقضي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد وبهلاك أحد العقارين أو اتحاد الذمة أو عدم الاستعمال خمسة عشرة سنة أو بالتنازل عنه هذا، ومن الجدير بالملاحظة بأن حق الارتفاق لا يرد إلا على عقار فهو لا يرد على منقول.

ثانيًا الحقوق العينية التبعية:

وهي حقوق مقررة على أشياء معينة بضمان الوفاء بالتزام ما وهي لا توجد مستقلة كالحقوق العينية الأصلية وإنما تستند في وجودها إلى حق أصلي هو الدين ويمكن تعريف الحق العيني التبعي بأنه مصلحة تنشأ عن سلطة مقررة لشخص على شيء مملوك لغيره تخوله استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء بالتقدم على سائر الدائنين وفي أي يد يكون ذلك الشيء ويخلص مما يقدم أن الفائدة التي تتحقق من تقرير حق عيني تبعي تتركز في أنه يخول الدائنين ميزتين.

الأولى: ميزة التتبع ويكون بمقتضاه للدائن سلطة تتبع الشيء (المرهون) محل الحق في مواجهة أي شخص ولو كان ذلك الشخص غير المدين ذلك أن الدائن يستطيع تتبع الشيء المرهون في أي يد ينتقل إليها فلو أن المدين باع الشيء المرهون إلى شخص آخر فإن للدائن

الحق بأن يتتبع هذا الشيء وإن يحجز عليه وهو في حيازة المشتري ليبيعه بالمزاد العلني وليستوفي حقه من ثمنه رغم كونه لم يعد مملوكًا للمدين الأصلي.

الثانية: ميزة التقدم ومقتضاها أن أموال المدين إذا لم تكن تكفي للوفاء بجميع ديونه أن الدائن صاحب الحق التبعي يتقدم على جميع الدائنين العدين باستفياء حقه وذلك لأن الدائن ذا الحق التبعي لايشترك في التوزيع مع سائر الدائنين بل يستوفي حقه بالتقدم والأولوية ثم يقسم الباقي على سائر الدائنين الآخرين كل بحسب نسبة حقوقهم ومن هذا يتبين أن ميزة التقدم تؤمن الدائن ضد خطر إعسار المدين أو إفلاسه أي عدم كفاية أمواله للوفاء بجميع ديونه.

ثانيًا الحقوق العينية التبعية: والحق العيني هو حق عيني لا ينشأ مستقلاً بذاته بل يستند في وجوده إلى حق آخر هو الحق الشخصي (الدين) ويتقرر الحق العيني التبعي ضمانًا للوفاء به. تشمل الحقوق العينية التبعية الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقق الامتياز (مادة ٦٨/ ٢ مدني).

أ- الرهن التأميني:

عرفت المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي الرهن التأميني (بأنه عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفياء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون).

يتبين من هذا النص أن الرهن التأميني لا يرد إلا على العقار وأنه لا يترتب عليه انتقال العقار المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن بل يبق في حيازة المدين الراهن ولضمان عدم تصرف المدين به توضع على العين المرهونة إشارة الرهن في دائرة التسجيل العقاري (مادة ١٢٨٦ مدني عراقي).

ب- الرهن الحيازي:

وقد عرفت المادة ١٣٢١ الرهن الحيازي بأنه عقد به يجعل الراهن مالاً محبوسًا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا أو بعضًا مقدمًا على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في أي يد كل هذا المال وبمقتضاه يكون للدائن أن يحوز الشيء المرهون وإن يستوفي حقه من ثمنه بالأولوية على الدائنين العاديين ويرد حق الرهن الحيازي على العقارات والمنقولات على حد سواء.

جـ - حقوق الامتياز:

وهو حق عيني تبعي يتقرر بنص القانون لبعض الدائنين مراعاة لصفة ديونهم (م/ ١٣٦١ مدني) وحقوق الامتياز على خلاف الرهن لا تنشأ عن عقد بل تنشأ بنص القانون الذي يقرر أن دينًا من الديون يعتبر ممتازًا على سائر الديون نظرًا لصفة الحق كأجرة العامل بذمة صاحب العمل (قانون العمل رقمر ١٥١ لسنة/ ١٩٧١) وحقوق الدولة في استيفاء الديون المستحقة لها بموجب قانون جباية الديون المستحقة للحكومة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣١ وحق الزوجة في النفقة وحق المؤجر في استيفاء الأجرة.

المطلب الثاني- الحقوق الشخصية:

يعرف الحق الشخصي بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يحق للدائن مطالبة المدين بأداء معين: إعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل؛ فالعلاقة التي تنشأ عن الحق الشخصي لها طرفان طرف إيجابي وهو الدائن وطرف سلبي هو المدين وهو من يتقرر الحق في مواجهته فإذا نظرنا إلى هذه العلاقة من جانبها الايجابي سميناها حقًا وإذا نظرنا إليها من جانب السلبي سميناها التزامًا. وقد عرف القانون المدني العراقي الحق الشخصي في مادته ٦٩/ ١ بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل:

أنواع الحقوق الشخصية:

تنقسم الحقوق الشخصية بالنظر إلى محلا إلى ثلاثة أنواع هي:

١- الالتزام بإعطاء شيء:

وهو التزام المدين بأن ينقل للدائن ملكية شيء ما أو أي حق عيني آخر مثل التزام البائع والواهب بنقل ملكية شيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له.

٢- الالتزام بالقيام بعمل:

هو التزام المدين بالقيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن كالتزام الرسام بعمل لوحة لزبونه والتزام المقاول ببناء الدار والتزام الفنان بإحياء حفلة غنائية وهكذا.

٣- الالتزام بالامتناع عن عمل:

هو التزام المدين بالامتناع عن عمل يملك القيام به قانونًا ومثله أن يبيع شخص محلاً تجاريًا إلى مشترٍ يشترط عليه عدم ممارسة نفس النوع من التجارة في المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه.

الفروق بين الحق العيني والحق الشخصي:

إذا ما قارنا بين الحقين مقارنة تتناول طبيعتها ومميزاتها نتبين قيام جملة من الفروق بينهما نوجزها فيما يلي:

أولا: يقوم الحق العيني نظرًا إلى سلطة مباشرة لشخص معين على مال معين بالذات على عنصرين هما: صاحب الحق ومحل الحق. أما الحق الشخصي فيتحلل إلى عناصر ثلاثة هي: صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق؛ لأنه رابطة بين طرفين يلتزم أحدهما قبل الآخر بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه.

ثانيًا: لما كان الحق العيني سلطة مباشر على مال معين بالذات فإن صاحبه يستطيع الانتفاع بالشيء محل الحق بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة شخص آخر. أما صاحب الحق الشخصي فلا يصل إلى حقه إلا بواسطة المدين لأن الحق الشخصي لا يعدو أن يكون رابطة قانونية بين شخصين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بمحل الحق.

ثالثًا: الحقوق الشخصية غير محددة في عددها بل هي لا تقبل التحديد بطبيعتها فللأشخاص الحرية في خلق ما يرغبون من روابط لتنظيم مصالحهم في حدود مارسمه القانون واقتضاه النظام العام والآداب العامة.

أما الحقوق العينية فالرأي الراجح أنها ترد في القوانين على سبيل الحصر وإن من المتعذر خلق حق عيني يلتزم الكافة باحترامه يضاف إلى ما نصت عليه القوانين وذلك بسبب ما يضيفه السلطان على الحقوق العينية من حماية مردها اعتبار حق الملكية العينية المتفرعة عنه وما تتطلبه من تنظيم من صميم النظام العام.

رابعًا: يعتبر الحق العيني من قبيل الحقوق المطلقة بسبب ما بفرده على الأفراد من واجب عام يقتضيهم عدم التعرض لصاحب الحق. أما الحق الشخصي فهو حق نسبي إذ يلزم شخصًا أو أشخاصا معينين.

خامسًا – لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين بذاته فإن لصاحبه الحق في ملاحقة الشيء الذي أنصب عليه حقه في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته وهذا ما يسمى بحق التتبع Droit de suite. وبه يضمن صاحب الحق العيني حقه مهما تنقل الشيء من يد إلى أخرى سواء كان هذا الشيء عقارًا أو منقولاً مع ملاحظة أن حق التتبع كثيرًا ما تعطله قاعدة حيازة المنقول سند الملكية.

وحق التتبع من خصائص الحقوق العينية جميعًا أصلية كانت أم تبعية: ومظهره بالنسبة للحقوق العينية الأصلية دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية فيبدو على صورة مباشرة صاحب الحق لسلطته على اعتبار أن ما تقرر على الشيء من حقوق غير سار في مواجهته ولا وجود لحق التتبع في دائرة الحقوق الشخصية ذلك لأن صاحب الحق الشخصي ليس له سلطان مباشر على مال معين حتى تجوز له ملاحقته وإنما يترتب حقه في ذمت مدينة. والذمة المالية ليست مالاً معينًا بالذات وإنما تعني مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات.

سادسًا – لصاحب الحق العيني حق التقدم أو الأولية أو الأفضلية Droit preferene على الدائنين الشخصين في استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي ورد عليه الحق لماله من سلطة مباشرة عليه. خلافًا لاصحاب الحقوق الشخصية الذين يرد حقهم على ذمة المدين بمجموعها لاعلى ذلك الشيء بالذات. فإن كان المدين لا يملك غير هذا الشيء الذي بيع للوفاء بما عليه من حقوق اقتضى صاحب الحق العيني حقه متقدمًا على الدائنين الشخصيين ودفعت فضلة الثمن إليهم فإن كانت لا تفي بكامل ديونهم اقتسموها فيما بينهم قسمة غرماء أي يأخذ كل بقدر نسبة حقه من مجموع الحقوق الشخصية المترتبة في ذمة المدين.

ومع ذلك لما كان حق التقدم يقوم على المزاحمة بين الدائنين مزاحمة تستوجب التفاعل بينهم في استفياء حقوقهم ولما كانت هذه المزاحمة لا يتصور قيامها بين أصحاب الحقوق العينية الأصلي وبين الدائنين الشخصيين فإن بوسعنا القول بإن هذا الحق من خصائص الحقوق العينية التبعية يتمتع به أصحابها فيتقدمون بمقتضاه على من يزاحمهم من أصحاب الحقوق الشخصية في استفياء حقوقهم من ثمن الشيء الذي انصبت عليه.

سابعًا – يستطيع صاحب الحق العيني أن يتنازل عن حقه بإرادته المنفردة لأن الحق العيني ليس إلا سلطة مباشرة يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها بملء حريته أما الحق الشخصي فلا يتم التنازل عنه بإرادة الدائن وحدها وإنما لابد من توافق إرادة الطرفين تغليبًا لفكره أن الالتزام رابطة بين شخصين لايجوز لأحدهما أن يتحكم بوجودها وإن ينفرد بحلها غير أن هذا القانون بين الحقين الذي أقرته القوانين القديمة والذي لايزال قائمًا في فئة من القوانين المعاصرة لا وجود له في التقنيين الحديثين المصري والعراقي اللذين أجازا التنازل عن الحق الشخصي بإرادة الدائن وحدها بشرط أن لا يرفضه المدين قبل القبول. وذلك تمشيًا مع حكم الشريعة الإسلامية وتاثيرًا بالمذهب المادي في تحليل طبيعة الالتزام.

ثامنًا- تكتسب الحقوق العينية بالتقادم[1] خلافًا للحقوق الشخصية ذلك لأن التقادم المكسب للحق يقوم على عنصرين هما: مضي المدة التي يحددها القانون والحيازة المادية للشيء بقصد كسب الحق عليه. والحيازة المادية عنصر يتحقق في الحق العيني ولا يتصور وجوده في الحق الشخصي؛ لأن الحق العيني يرد على شيء محسوس يتقبل الحيازة بطبيعته ويتبدى على صورة سلطة مباشرة على شيء يمكن الاستيلاء عليه.

أما الحق الشخصي فينصب على الذمة المالية ويبدو على شكل رابطة بين شخصين لا يعقل قيامها عن طريق الحيازة[1].

المطلب الثالث الحقوق الأدبية:

و نقصد بها تلك الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية لا يمكن إدراكها بالحس كالإنتاج الفني والأدبي وبراءات الاخترع والرسوم والنماذج الصناعية فكل هذه ثمرة الخاطر والقريحة ونتاج الذهن ولقد جرى الفقهاء على تقسيم هذه الحقوق على قسمين هما:

---

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ج١ مطبعة شفيق بغداد ١٩٥٩-١٩٦٠ ص١٨-٢٠.

أولاً الحقوق الأدبية والفنية:

ثانيًا الحقوق التجارية والصناعية:

ومثال الحقوق الأولى حق المؤلف على كتابه وحق الملحن على موسيقاه وحق الرسامين والمثالين على ما ينتجونه من رسوم وتماثيل.

ومثال الحقوق الثانية: حق المخترعين عن اختراعاتهم وحقوق التجار على الأسماء التجارية لمحلاتهم.

وستكون دراستنا قاصرة على بحث النوع الأول من الحقوق أي الحقوق الأدبية والفنية ذلك لأن مجال دراسة الحقوق الثانية تكون للقانون التجاري لعلاقتها الوثيقة به.

لقد نظم المشرع العراقي الحقوق الأدبية والفنية بقانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ الذي نتولى شرح قواعده العامة في عدة نقاط نخصص الأولى منها في موضوع من يتمتع بالحماية القانونية وثانيها في طبيعة حق المؤلف ومضمونه وثالثها في حماية حق المؤلف.

أولا: من يتمتع بالحماية القانونية

تنص المادة الأولى فق ١ من قانون حماية المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ على أنه «يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الأداب والفنون والعلوم أيًا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها» إن شرح هذا النص يتطلب منا البحث في نقتطين رئيسيتين هما المؤلف والمصنف الأدبي أو الفني.

أولاً المؤلف يقصد بالمؤلف هو كل من ينتج إنتاجًا ذهنيًا أيًا كان نوع هذا الإنتاج وأيًا كانت طريقة التعبير عنه وأيًا كانت الأهمية التي تعطى لهذا الإنتاج أو الغرض منه طالما كان هذا الإنتاج على قدر من الابتكار عدا المخترعين وواضعي العلامات التجارية فهؤلاء يخضعون لقوانين خاصة فكل من يقوم بإنتاج ذهني مبتكر يعتبر صاحب حق وحقه ينشأ من مجرد الابتكار[1].

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٥٤٥.

ولا تثور صعوبة في تعيين شخص المؤلف إذا كان من أنتج المصنف شخصًا احدًا إذ في هذه الحالة يعتبر هو المؤلف ويبين المشرع بأن كل من نشر مصنفًا ونسبه إلى نفسه سواء بذكر اسمه على المصنف أوبأية طريقة أخرى يعتبر مؤلفًا لما نشره إلا إذا قام على خلاف ذلك[1] ويقع أحيانًا أن ينشر المصنف غفلاً عن الاسم وقد ينشر تحت اسم مستعار وفي هذه الحالة يثبت الحق للمؤلف «بشرط أن لايقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف» أما إذا لم يمكن الكشف عن شخصيته فيفترض أنه قد فوض الناشر لها في مباشرة الحقوق المقررة على هذا المصنف المعترف بها في القانون[2].

ثانيًا: المصنف:

لا يقتصر لفظ المصنف على الكتاب بل هو ينصرف إلى كل نتاج ذهني أيًا كان مظهر التعبير عنه كتابًا أو صوتًا أو رسمًا أو حركة[3] ولقد أورد المشرع أمثلة لما تشمله الحماية القانونية من المصنفات منها: المصنفات المكتوبة والمصنفات التي تلقى شفويًا كالمحاضرات والدروس والخطب والمواعظ ومايماثلها والمصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط والألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة أو المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية والمصنفات التي تؤدى بحركات أو خطوات فنية وتكون معدة ماديًا للإخراج والمصنفات الموسيقية سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها والمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية والمصنفات المعدة للأذاعة والتلفزيون والخرائط والمخططات والمجسمات العلمية والتلاوة العلنية للقرآن الكريم[4].

هذا وإن هذا التعداد قد جاء على سبيل المثال لا الحصر لذا فإن حماية القانون تنال كل مصنف مبتكر مهما كان نوعه كما وإن الحماية القانونية لا تقتصر على مضمون المصنف وإنما هي تمتد إلى عنوانه كلما كان هذا العنوان متميزًا بطابع الابتكار ولم يكن دالاً على موضوع المصنف[5] وإذا كان

---

(١) م ا فق ٢ من قانون حمايه حق المؤلف.
يعتبر مؤلفًا الشخص الذي نشر المصنف منسوبًا إليه سواء أكان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف.

(٢) في المصنفات التي تحمل اسمًا مستعار يفترض أن المؤلف قد عوض الناشر لها في مباشرة الحقوق المعترف بها في هذا القانون وذلك إلى أن يعلن المؤلف شخصيته ويثبت صفته.).

(٣) إسماعيل غانم ص ٥٤.

(٤) (٢) ق ج ح م.

(٥) تشمل الحماية عنوان مصنف إذا كان متميزًا بطابع ابتكاري ولم يكن دالاً على موضوع المصنف.

تعيين المؤلف لا يثير أية صعوبة في حالة ما إذا كان من أنتج المصنف شخصًا واحدًا فإن الصعوبة تثور في بعض الاحيان في حالة المصنف المشترك[1] والمصنف الجماعي لذا ينبغي التطرق إليهما:

أ- المصنف المشترك:

وهو الذي يشترك أو يسهم في تأليفه عدة أشخاص وهذا الاشتراك أو الإسهام قد يكون مختلطًا بحيث لا يمكن تمييز عمل كل واحد من المشتركين وفي هذه الحالة يعتبر جميع المؤلفين أصحابًا للمصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

فلا يجوز لأي منهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق الجميع غير أن لكل منهم الحق في رفع الدعاوى عند وقوع أي اعتاده على حق المؤلف.

وقد يكون تأليف كل واحد منهم مميزة وذلك بسبب اختلاف نوع مساهمته كما في المصنفات الموسيقية الغنائية إذ يشترك في تأليفها واضع الشطر الأدبي كالرواية والأغنية وواضع الشطر الموسيقي والأساس في هذا النوع من المصنفات أن لكل واحد من المؤلفين الحق في الانتفاع بالجزء الذي ساهم به على حدة بشرط أن لا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك.

ب- المصنف الجماعي:

وهو الذي يشترك في انتاجه عدة أشخاص بتكليف أو توجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ونص المادة (٢٧) على أنه «يعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفًا ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف».

ثانيًا: طبيعة حق المؤلف ومضمونه:

اختلف الفقهاء حول طبيعة حق المؤلف وتشعبت آراؤهم سواء أكان ذلك في مجال الفقه أو في مجال القضاء وسبب ذلك يرجع إلى طبيعة حق المؤلف فهناك إلى جانب الحق المادي جانب آخر هو الجانب الأدبي والاتجاه السائد يرى أن حق المؤلف ليس حق ملكية بل إنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة وينطوي على جانبين جانب معنوي أو أدبي وآخر مادي أو

مالي ومصلحته الأدبية تقتضي في أن يتمكن المؤلف من حماية شخصيته التي ظهرت في نتاج فكره ومصلحته المادية تقتضي أن يكون له وحده حق استغلال إنتاجه هذا استغلالاً ماليًا.

١ - الحق الأدبي ونعني به مجموعة الميزات التي تثبت للمؤلف على نتاجه الفكري والتي تعطيه السلطة الكاملة له وعلى هذا الإنتاج الفكري وذلك بتمكينه من حماية شخصيته التي تجلت في هذا النتاج ونتكلم عن أهم الميزات أو السلطات التي يعطيها الحق الأدبي وهي:

أ- للمؤلف وحده السلطة في تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره وفي تعيين طريقة النشر وفي تقدير أثر النشر على سمعته الأدبية أو الفنية وإذا اختار النشر فإن هنالك قيودًا تبرر المصلحة العامة تحد من سلطته ومنها:

١ - لايجوز للمؤلف بموجب المادة الثانية عشر بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه إذا حصل هذا في اجتماع عائلي أو اجتماع جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة مادام هذا الاجتماع لا يأتي بأى حصيلة مالية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة الحق في إيقاع المصنفات الموسيقية من غير أن تلزم بدفع أي مقابل للمؤلف مادام الإيقاع لايأتي بأية حصيلة مالية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

٢ - إذا قام الشخص بعمل نسخة واحدة من مصنف مشهور لاستعماله الشخصي فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك (م ١٣ ق. ح.ح. م).

٣- ليس للمؤلف بعد نشر المصنفات حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا عملت بقصد النقد أو الجدل أو التثقيف أو التعليم أو الاخبار مادامت تشير إلى اسم المؤلف إذا كان معروفًا وإلى المصدر المأخوذ منه (م١٤ ق. ح. ح. م).

٤ - يجوز في الكتب الدراسية نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية شريطة أن يقتصر النقل على مايلزم بتوضيح المكتوب ويجب في جميع الأحوال أن تذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين (م١٤ ق. ح. ح. م).

٥ - أباح القانون للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون الحق في إذاعة أوعرض المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو في أي مكان آخر بشرط ذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف وبعد دفع تعويض عادل للمؤلف أو خلفه ولمستغل المكان الذي يذاع منه المصنف أو يعرض فيه إذا كان لذلك مقتضى (م ٣٥ ق. ح. ح. م).

ب- للمؤلف الحق في أن ينسب مصنفه إليه وحده فيكون له وحده الحق في أن ينسب مصنفه إليه وفي أن يدفع عنه أي اعتداء فيستطيع أن ينشره باسمه أو باسم مستعار أو بغير اسم على الإطلاق وفي الحالتين الأخيرتين يكون له في أي وقت أن يعلن عن أسمه الحقيقي مهما طال الزمن[1] ولايسقط حقه في ذلك بالتقادم فالحق في نسبة المصنف الأدبي أو الفني حق متصل بشخص صاحبه لا يسقط بعدم الاستعمال.

جـ - للمؤلف وحده سلطة إدخال ما يراه من تعديل أو تحوير في مصنفه (مادة ٤٢، مادة ٧).

د- للمؤلف وحده أن يسحب مصنفه من التداول بعد نشره فقد يرى المؤلف أن مصنفه أصبح غير ملائم مع تطور فكره أو ماسًّا بسمعته فيفضل سحبه من التداول غير أن حقه هذا يؤدي إلى الإضرار بالمتنازل إليه عن حق الاستقلال المالي للمصنف لذلك كان لابد من موافقة القضاء والقضاء لا يوافق على هذا الإجراء إلا لأسباب خطيرة تدعو إليه بعد تعويض المتنازل إليه تعويضًا عادلاً (مادة ٤٢ ق. ح. ح. م).

خصائص الحق الأدبي:

١- أنه غير قابل للتصرف فيه فيعتبر باطلاً تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبل (مادة ٣٩) كما يعتبر باطلاً كل تصرف من غير المؤلف في الحقوق المنصوص عليها في المواد (٧، ٨، ١٠) (سلطة التعديل والتحوير سلطة تقرير النشر نسبة المصنف إلى المؤلف).

٢- أنه لايسقط بالتقادم لعدم إستعماله مهما طالت المدة.

٣- للمؤلف أن يدفع كل اعتداء على حقه الأدبي.

انتقال الحق الأدبي للورثة:

لاينقضي الحق الأدبي بوفاة المؤلف بل هو ينتقل إلى ورثته وبشكل مؤبد غير محدد بمدة عكس الحق المالي لكن هؤلاء لايتمتعون بكل السلطات التي كانت للمؤلف وإنما بتلك السلطات التي تمكنهم من المحافظة على سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية بالشكل الذي ارتضاه بنفسه قبل موته فليس لهم أن يسحبوا مصنفه من التداول وإذا كان المؤلف قد أوصى بمنع نشر مصنفه أو بأي أمر آخر وجب تنفيذ أوامره.

---

(١) م ٢٥ ق ح ح م.

٢- الحق المالي:

للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليًا وذلك بأي طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه.(مادة ٧) وقد بينت المادة الثامنة من ق. ح. ح. م) طرق الاستغلال المختلفة التي يستطيع أن يباشرها المؤلف وهي:

١- أن يطبعه ويذيعه ويخرجه.

٢- أن يجيز استعمال نسخة أو عدة نسخ من مصنفه للأشخاص الذين يستغلونها في أعمال التأجير والإعارة وغير ذلك من الأعمال المتعلقة بعض المصنف على الجمهور لذا كانت الغاية من هذا العرض هو الربح أو إعانة مشروع ما.

٣- أن يجيز عرض مصنفه التمثيلي أو الموسيقى علنًا أو نقله بأية واسطة كانت.

٤- أن يلقي مصنفه الأدبي أو المسرحي على الجمهور وإن يجيز إلقاءه.

خصائص الحق المالي للمؤلف:

١- عدم القابلية للحجز: تنص المادة الحادية عشرة من ق. ح. ح. م. ع. على أنه لا يجوز الحجز على حق المؤلف يجوز حجز نسخ المصنف الذي تم نشره لقد بينا أن حق المؤلف له جانبان أدبي ومادي (مالي) وحيث أنه لا اختلاف في عدم جواز حق المؤلف الأدبي لأنه لصيق بشخصيته أما الجانب المادي فلا يظهر إلا عند الاستغلال فإنه يكون من الممكن إيقاع الحجز عليه عند استغلاله لحقه ماليًا وذلك بنشره المصنف أما قبل نشر المصنف لا يمكن الحجز إذ لن تكون هناك أية ثمرة من وراء هذا الحجز على حق الاستغلال المالي؛ لانه لايكون إلا بالنشر والنشر لا يتم إلا بموافقة المؤلف[1] وكل ذلك حال حياة المؤلف أما بعد موته فيمكن إيقاع الحجز على أي مصنف له ولو قبل نشره إذا كان قد استهدف هذا النشر قبل وفاته بصورة قاطعة (م ١١ ف. ح. م. م).

---

(١) توفيق فرج حسن ص ٥٧٩.

٢- أنه يجوز النزول عنه للغير: يجوز النزول عن الحق المالي للمؤلف وهذا النزول قد يكون نهائيًا وقد يكون كاملاً أو جزئيًا كما أن هذا النزول قد يكون بعوض وقد يكون بدون عوض ويقع النزول حال الحياة بالبيع والهبة كما أنه يقبل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فيجوز أن يوصي الموصي بسلطات الاستغلال المالي لمصنفه لشخص أو عدة أشخاص معينين من ورثته أو غيرهم على أنه يجب أن يلاحظ أن المؤلف إذا نقل إلى الغير أحد حقوق الانتفاع المنصوص عليها في القانون فلا يترتب عليه إعطاء الحق في مباشرة حق آخر وهذا وقد نصت المادة ٣٨ ق ح ح م على أنه يشترط لصحة التصرف أن يكون مكتوبًا وإن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه أو الغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وعلى المؤلف أن يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل الحق المتصرف به.

٣- أنه حق مؤقت: الحق المالي للمؤلف على مصنفه حق مؤقت فقد حدد له القانون مدة ينقضي بانقضائها فنصت المادة العشرون من القانون كقاعدة عامة على أن حقوق الانتفاع المالي تنقضي بمضي خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف وهي تنقص في كل الأحوال بمرور خمسين عامًا من تاريخ نشر المصنف. وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقي حيًا من المشتركين.

أما إذا كان صاحب الحق شخصًا معنويًا عامًا أو خاصًا فإن حقوق الانتفاع المالي تنقضي بمضي ثلاثين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف.

وأخيرًا فتحسب مدة الحماية بالنسبة للمصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته.

ثالثًا - في حماية حق المؤلف:

يحمي المشرع العراقي حق المؤلف سواء أكان عراقيًا أم أجنبيًا متى نشر أو عرض أو مثل مصنفاته لأول مرة في العراق وكذلك مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أن تعرض لأول مرة في بلد أجنبي.

أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميهم المشرع العراقي إلا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم (م ٩ ق ح ح م ع).

طرق الحماية:

١ - الإجراءات التحفظية: نصت المادة ٤٦ من ق ح م ع مع الإجراءات التحفظية التي يمكن إتخاذها لحماية حق المؤلف وهذه الإجراءات هي:

(١) إجراء وصف تفصيلي وشامل للمصنف الذي نشر أو أعيد نشره بوجه غير مشروع.

(٢) توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه أو صوره وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر ذلك المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون المواد المذكورة غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف.

(٣) فيما يختص بالإيقاع والتمثيل والإلقاء بين الجمهور يجوز للمحكمه أن تأمر بحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز عليه.

٢ - الجزاء المدني: تنص المادة ٤٤ من ق ح م ع على أنه يحق لكل مؤلف وقع الاعتداء على حق من حقوقه المبينة في القانون أن يطالب بتعويض مناسب.

وأشارت المادة ٤٧ على اعتبار دين التعويض دينًا ممتازًا على صافي ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة.

وفيما يتعلق بوقف الاعتداء وإزالة أثره فللمحكمة أن تأمر بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي تصفى نشره اعتداء على حق المؤلف وكذلك المواد التي استعملت لنشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر دون أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور والمواد وجعلها غير صالحة للنقل وكل ذلك على نفقة الطرف المسؤول. عن أن إتلاف النسخ والمواد المستخدمة في إنتاجها قد لايكفي لإزالة أثر الاعتداء فقد يترتب عليه ضرر يزيله هذا الإتلاف وفي هذه الحالة يكون للمؤلف أن يطلب إلى جانب الاتلاف تعويضًا عن الضرر الذي أصابه.

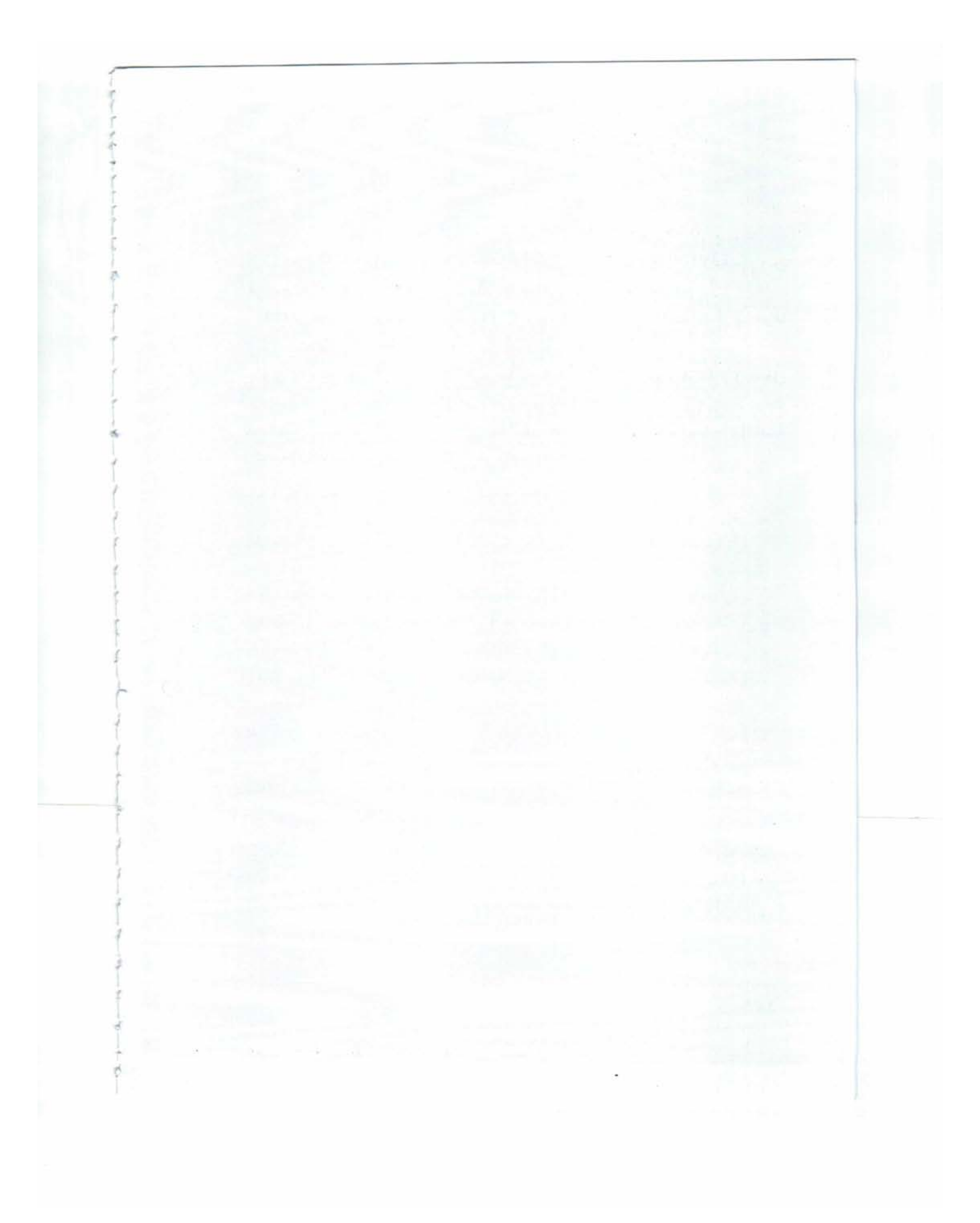
٣- لقد اهتم المشرع بحماية حقوق المؤلف وذلك بفرض جزاء جنائي يوقع على المعتدي فنصت المادة ٤٥ بأنه يعتبر مكونًا لجريمة التقليد ويعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد على مائة دينار كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

(١) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص في المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة من هذ القانون.

(٢) من باع أو عرض للبيع مصنفًا مقلدًا أو أدخل إلى العراق دون إذن المؤلف أو من يقوم مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها هذا القانون.

(٣) من قلد العراق مصنفات منشورة في الخارج وكذا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج.

وفي حالة العود يحكم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الادوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة التي لا تصلح إلا النشر ويجب مصادرة جميع النسخ المقلدة.



الفصل الثامن عشر

الشخصية

لايمكن تصور الحق إلا منسوبًا إلى شخص من الأشخاص والشخصية ليست وقفًا على الإنسان إذ دعت الحاجة إلى منح الشخصية لغير الإنسان من مجموعات الأشخاص أو الأموال لقد جرى الفقهاء على تسمية شخصية الإنسان بالشخصية الطبيعية والشخصية التي تمنح لمجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية وندرس هذين الموضوعين بالتتابع.

المبحث الأول

الشخصية الطبيعية ومميزاتها

المقصود بالشخص الطبيعي هو الإنسان والمبدأ العام اليوم بالقوانين الحديثة هو ثبوت الشخصية القانونية لكل إنسان وذلك باعتباره كائنًا إجتماعًا متميزًا وضعت القواعد القانونية لتنظيم شؤونه فهو علة وجود القانون والغاية منه وإذا كانت هذه الحقيقة هي مسلمات عصرنا فإنها لم تكن كذلك على الدوام فلم يكن للرقيق مثلاً في المراحل الأولى للقانون الروماني أية شخصية قانونية كذلك فإن بعض الشرائع الحديثة وإلى عهد قريب كانت تعرف بما يسمى بالموت المدني.

والملاحظ أن الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان دون أن يتوقف ثبوتها على وجود إرادة واعية عاقلة عنده إذ تثبت صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات للطفل والمجنون فلا يؤثر فيها انعدام التمييز وإن كان هذا الانعدام يؤثر في أهلية الأداء لأن هذه الأخيرة يستند تقريرها لأفراد تبعًا لوجود الإرادة عندهم فهي كاملة لدى كاملي الإرادة وهي ناقصة عند ناقصيها وهي معدومة لدى معدوميها وسنرى ذلك في حينه.

كذلك فإن ثبوت الشخصية القانونية لكل إنسان دون تمييز لا يعني بالضرورة تساويهم باكتساب الحقوق فالمواطن يتمتع بحقوق لا يتمتع بها الأجنبي كذلك تحرم قوانين أكثر الدول من تملك الأجانب الأراضي الزراعية إلا في الحالات التي ينص عليها القانون وعلى سبيل المثال في بعض الدول لا زالت المرأة محرومة من حق الانتخاب لكن عدم التساوي هذا في اكتساب الحقوق لا يذهب بالشخصية القانونية وإنما يؤثر في نطاقها من حيث اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات.

ابتداء الشخصية الطبيعية وانتهاؤها

١- ابتداء الشخصية الطبيعية:

تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيًّا (م/ ٣٤/ مدني) والولادة لابد أن تكون تامة بأن ينفصل المولود عن أمه انفصالا تامًا وإن يكون حيًّا فإذا كان كذلك ثبتت له الشخصية القانونية وهي تثبت له وحتى لو مات بعد لحظة قصيرة من ولادته مادام قد ولد حيًّا ويقوم الدليل على حياته بثبوت أعراض ظاهرة للحياة كالبكاء والصراخ والشهيق والحركة فلا يشترط أن يكون المولود قابلا للحياة[1] فإذا ولد الجنين ميتًا فلا تبدأ الشخصية القانونية حتى ولو تمت الوفاة خلال فترة الوضع.

أما إذا انفصل عن أمه بجناية فإن الشخصية القانونية تثبت له ولو ولد ميتًا وتثبت واقعة بشهادة الميلاد المستخرجة من السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض وفقًا لقانون الأحوال المدنية فإذا انعدم هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج فيه فيجوز الإثبات عند ذلك بأي طريقة أخرى (م/ ٣٥/ مدني) ذلك لأن واقعة الولادة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أن ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب فإنه يخضع لقواعد الأحوال الشخصية.

حالة الجنين:

إذا كانت الشخصية القانونية تثبت للشخص بولادته حيًّا كما ذكرنا فإن القانون استثناءً من ذلك يثبت بعض الحقوق للجنين أو الحمل فقد نصت المادة ٣٤ مدني بفقرتها الثانية على أنه (ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية) فيثبت للجنين بالإضافة إلى حقه في النسب الحق في الميراث والوصية كما يستفيد من الاشتراط الذي يعقد لمصلحته وحيث أن هذه الحقوق يمكن اكتسابها دون الحاجة إلى القبول فقد استخلص الفقهاء عدم قابلية الجنين لاكتساب الحقوق التي تتطلب قبولاً لاكتسابها.

على أن الاعتراف للجنين ببعض الحقوق مشروط بولادته حيًّا فإذا ولد ميتًا لم تثبت له الشخصية القانونية فكأنه لم يكن ولم تقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الإرث والوصي إلى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الأصلي.

---

(١) د. أحمد الكبيسي الأحوال الشخصية مطبعة الرشاد بغداد ١٩٧٢ جـ ٢ ص ٩٠.

والخلاصة أن الذي يثبت للجنين هو وجود أهلية ناقصة أي أهلية اكتساب الحقوق دون أن تكون عليه التزامات إذ لا يتصور صدور فعل منه يسبب مسؤوليته.

٢- انتهاء الشخصية:

(أ) انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي:

تنتهي الشخصية بوفاة الشخص فعلا وهذا ما نصت علي المادة ٣٤ فقرة أولى حيث قالت (وتنتهي بوفاته) ذلك أن الموتى لايعتبرون أشخاصا في نظر القانون وتثبيت واقعة الوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فإذا انعدم الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات فيجوز الإثبات بأية طريقة أخرى (٣٥٠ مدني) وإذا كانت الشخصية تنتهي بالوفاة فإن بعض فقهاء الفقه الإسلامي وخاصة فقهاء المالكية والحنفية كانوا يقررون امتداد تلك الشخصية امتدادًا اعتباريًا إلى ما بعد الموت إذا كانت التركة مفرقة بالدين وحتى تصفية تركة الميت تطبيقًا للقاعدة الشرعية المعروفة (لاتركة إلا بعد سداد الديون) أي بعد أن تنفذ التزامات التركة من ديون ووصايا فيؤول ما يتبقى منها إلى الورثه كل بحسب نصيبه الشرعي هم يستندون في هذا إلى الآيات الكريمة ومنها ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ وذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة بما لها وما عليها.

(ب) انتهاء الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود):[1]

المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا يعرف أن كان حيًا أو ميتًا ولما كان الشرع يهدف إلى استقرار العلائق الاجتماعية فإنه أجاز إنهاء الشخصية إنهاءً تقديريًا وذلك في حالة المفقود الذي غاب عن وطنه غيبة منقطعة وانقطعت أخباره بحيث يغلب احتمال موته على احتمال حياته بالرغم من أنه لايمكن تقديم دليل يقيني على وفاته لذا يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضي باعتباره ميتًا.

---

(١) هذا ولقد صدر مؤخرًا قانون يعالج حالة المفقودين من الناحية المالية هو: قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

م ٨٦: المفقود: هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته

م ٨٧: يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة

ويلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود

م ٨٨: إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه

م ٨٩: يسري على القيم ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما استثني بنص خاص

م ٩٠: أولا تحرر أموال المفقود أو الغائب عند تعين قيم عليه وتدار أموالها على غرار أموال الصغير. =

بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي وذلك خلافًا للأصل بانتهاء الشخصية.

هذا وإن القانون المدني العراقي نص على أن من غاب بحيث لا يعلم أهو حي أم ميت يحكم بكونه مفقودًا بناءً على طلب ذي الشأن كما أشار إلى أن أحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية (م / ٣٦/ مدني) وحيث أن قانون الأحوال الشخصية لم ينظم أحكام المفقود فإنها تبقى محكومة للشرعية الإسلامية بمذاهبها المختلفة فإذا حكم بموته توزع أمواله على ورثته الموجودين وقت الحكم وتعتد زوجته إن كان متزوجًا عدة الوفاة.

أما إذا ظهر المفقود بعد الحكم بعد وفاته فإن من شأن ذلك أن يعيد له شخصيته القانونية لأن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتباري وليس حقيقًّا على شرط أن لا يضر ذلك بحقوق الغير فإذا كانت تركته قد وزعت على الورثة فتعاد إليه إذا كانت ما تزال موجودة وتعود إليه زوجته ما لم تكن قد تزوجت من آخر حسن النية غير عالم بحياة الأول.

هذا ونتولى بحث الشخصية الطبيعية في الكلام عن مميزات الشخصية ومن ثم في الكلام عن الأهلية.

أولا: مميزات الشخصية:

نعني بمميزات الشخصية مجموعة الأوصاف التي تلحق كل شخص والتي من شأنها التأثير في حياته كونه منتميًا إلى دولة معينة أو أسرة معينة أو كونه يتسمى باسم معين أو مقيمًا بصفة دائمة أو مؤقتة ومن صلاحيته اكتساب الحقوق وقدرته على التصرف بها.

وقد أشارات إلى هذه الخصائص أو المميزات المواد ٣٧/ ٤٠ من القانون المدني العراقي وهي على التوالي الجنسية، الأسرة، الوطن، والموجة المالية.

= م ٩٣: للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات التالية

١ - إذا قام دليل قاطع على وفاته.

٢ - إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.

٣ - إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت ستان على إعلان فقده.

م ٩٥: يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخًا لوفاته.

م٩٦: تقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة ٩٥ من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته.

م٩٧: تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره أو تسلم إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكمًا وتسري عليه أحكام المادة ٥٩ من هذا القانون.

١- الجنسية:

الجنسية علاقة سياسية وقانوني روحية بين الفرد والدولة. فلكل دولة في عصرنا الحديث جنسية تمنحها للأفراد الذين يكونون شعبها والدولة وحدها هي التي تحدد الحقوق والواجبات باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان كما أنها تصدر القوانين اللازمة التي تبين كيفية اكتساب الجنسبة وفقدها وما هي الحقوق التي تترتب على تمتع الفرد بجنسية الدولة.

والجنسية إما تثبت للشخص لحظة ميلاده وتسمى بالجنسية الأصلية أو تكتسب بعد الميلاد وليست لأول مرة بل جنسية ثانية بالجنسية المكتسبة.

١- الجنسية الأصلية:

قلنا إن لجنسية الأصلية هي تلك الجنسية التي تثبت للشخص لحظة ميلاده، وهي تحدد على أحد أساسين هما حق الدم وحق الإقليم.

أ- حق الدم:

وهي الجنسية التي يكتسبها الشخص لحظة ميلاده بسبب أصله العائلي أي التي تثبت للشخص بسبب البنوة الشرعية فالدولة تمنحها إلى أولاد رعاياها لأنهم سيندمجون في المجتمع ويبقون متعلقين بالوطن لأنه أرض الآباء والأجداد وسواء أتمت ولادتهم في أرض وطن الأب أم في وطن أجنبي. وحق الدم هو الأساس الأول في قانون النسبية العراقي فقد نصت المادة ٤/ ١ من قانون الجنسية رقم لسنة ١٩٦٣ على أنه يعتبر عراقيًا ممن ولد في العراق أو خارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية.

ب- حق الإقليم:

وهي الجنسية التي يكتسبها كل من ولد فوق إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه ويلاحظ أن قانون الجنسية العراقي حدد حالات معينة بثبوت الجنسية على أساس حق الإقليم فنصت المادة ٤/ ٣ على أنه:

(يعتبر عراقيًا من ولد في العراق من والدين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودًا في العراق ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

كما قد تمنح الجنسية على أساس كل من الحقين حق الدم وحق الإقليم ولاعتبارات المعينة وغالبًا ما تكون إنسانية ومن هذا ما نصت عليه المادة ٤ / ٢ من قانون الجنسية العراقية حيث قالت (يعتبر عراقيًا من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له).

٢- الجنسية المكتسبة:

وهي تلك الجنسية اللاحقة التي يحصل عليها الفرد بعد الميلاد وتسمي أيضًا بالجنسية المختارة للدور الذي يلعبه الفرد باختيارها ولكن لابد من طلب وموافقة على منحها وأسباب اكتسابها في القانون العراقي هي:

١- الولادة لأم عراقية في خارج العراق من أب أجنبي لا جنسية له.
٢- التجنسي.
٣- الزواج المختلط (زواج العراقي من أجنبية).
٤- الولادة المضاعفة.
٥- المواطن المغترب.

٢- الأسرة:

وهي مجموعة الأشخاص الذين تجمعهم صلة القرابة سواء أكانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة (م/ ٣٨/ ٩٣/ مدني).

١- قرابة النسب:

وهي القرابة التي يكون أساسها وحدة الدم المشترك أي التي تقوم على أساس اشتراك الأشخاص في أصل واحد وهذا ما قررته المادة ٣٨ من القانون المدني حيث قالت (أسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك وقرابة النسب إما أن تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي).

أ- القرابة المباشرة: وهي القرابة القائمة على عامود النسب وهي قرابة الأصول والفروع بحيث يكون أحدهم فرعًا لاخر كصلة الابن بأبيه وجده والأصل هو من نزل منه الشخص كالأب وأصوله والفرع كل من ينحدر من الشخص كالابن وفروعه وهذا ما تقرره المادة ٣٩/ ١/ مدني حيث تقول القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول الفروع.

ب- قرابة الحواشي:

هي القرابة بين الأشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا لآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمه وخاله وهذا ما قررت المادة ٣٩/ و ١٠ حيث تقول (قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين الأشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا لآخر).

حساب القرابة: تحسب القرابة المباشرة باعتباره كل فرع درجة عند الصعود بالأصل بخروج هذا الأصل فالقرابة بين الابن وأبيه هي من الدرجة الأولى وبينه وبين جده لأبيه هي من الدرجة الثانية. أما حساب درجة قراب الحواشي فتحسب الدرجات صعودًا من الفرع للأصل ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع في ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة فالأخ يعتبر من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه لأن الأصل المشترك ينهما هو الأب وكل منهما يعد درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب فالمجموع هو درجتان وهكذا وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٩/ ٢مدني) حيث قالت (ويراعي في حساب درج القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعودًا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك).

٢- قرابة المصاهرة:

المصاهرة صلة قانونية تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر إذ نصت المادة (٣٩) فق ٣ من ق م ع.

(وأقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر) وهذا يعني أن قرابة المصاهرة تكون بين أحد الزوجين وأقرباء الزوج الآخر وقرابة المصاهرة لا تؤدي إلى صلة قرابة بين أقارب أحد الزوجين وبين أقارب الزوج الآخر فلا قرابة مصاهرة بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.

هذا مع ملاحظة أن الصلة بين الزوجين نفسيهما لا يمكن اعتبارها تقوم على أساس قرابة المصاهرة وإنما هي صلة ذات طبيعة خاصة هي صلة الزواج وإن كانت هذا الصلة أساس وجود صلة المصاهرة أما بصدد حساب درجة القرابة في المصاهرة فهي تحسب كما تحسب في قرابة النسب وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة (٣٩) مدني فالزوج يعتبر قريبًا من الدرجة الأولى لأبي زوجته أو أمها وقريبًا من الدرجة الثانية لأخيها وهكذا.

٣- الاسم:

الاسم من مميزات الشخصية وإذا كان كل إنسان يتمتع بشخصية بنظر القانون فإن من الضروري أن يتميز كل إنسان عن غيره من الناس بوسيلة أو علامة تمنع الخلط بينه وبين غيره وهذه الوسيلة أو العلامة هي الاسم ولأهمية هذا الموضوع فقد حرصت القوانين الحديثة على تنظيمه فقد نص القانون المدني العراقي في مادته (٤٠) على أنه:

١- يكون لكل شخص اسم، ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده.

٢- وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها[١].

وللاسم معنيان الأول ضيق وهو يشمل اسم الشخص والآخر واسع يشمل اسم الأسرة أي لقبه الذي يحمله الشخص بالإضافة إلى اسمه الشخصي مما يحمله غيره من أفراد أسرته. والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب فيأخذ الولد لقب أبيه وإذا كانت بعض القوانين الأوربية قد أعطت الحق للزوجة بحمل لقب زوجها عن طريق الزواج فأن القانون العراقي لا يعطي مثل هذا الحق[٢].

الطبيعة القانونية للاسم:

ثار خلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للاسم فاعتبر البعض حق الإنسان في اسمه حق ملكية بينما ذهب البعض الآخر على أن الاسم هو نظام من أنظمة البوليس المدني فالتكييف الصحيح للاسم بأنه ذو طبيعة مزدوجة فهو حق من ناحية وواجب من ناحية أخرى واعتبر حق الشخص باسمه حقًا من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية وليس حقًا ماليًا كحق الملكية أما أعتبار كونه واجبًا ذلك لأن القانون قد ألزم كل شخص أن يكون له اسم شخصي بالإضافة إلى اللقب لتمييزه عن غيره كما أنه لايترك لهم الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب رغبتهم بل لابد من إجراءات معينة يفرضها القانون نفسه.

خصائص الاسم:

١- عدم القابلية للتصرف: لما كان الاسم وهو العلامة التي تميز الشخص عن غيره وباعتباره من الحقوق العامة اللاصقة بالشخصية فلا يجوز التصرف فيه سواء بين الأحياء أو بعد الموت بالوصية.

---

(١) انظر قانون الأحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. حسن كيرة المصدر السابق ص ٥٤٧.

٢- عدم القابلية للسقوط بالتقادم: ويترتب أيضًا على كونه لصيق بالشخصية عدم قابلية السقوط بالتقادم ولو لم يستعمله صاحبه مدة طويلة كما لا يكتسب من ينتحل اسم آخر حقًا فيه مهما طالت مدة استعماله له وذلك على عكس الحقوق المالية فهي تكتسب فقط بالتقادم بصورة عامة.

حماية الاسم: لما كان حق الشخص باسمه هو من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية فإنه يترتب على ذلك أن صاحب الاسم له الحق في أن يدفع عن اسمه اعتداء الغير عليه سواء أكان ذلك عن طريق منازعة الغير له باسمه دون مبرر أو في انتحال الغير لاسمه وقد قرر القانون المدني العراقي حماية الاسم في مادته ٤١/ (التي نصت على أنه ينقل من نازعه الغير في استعماله لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض وإن يطلب التعويض إذا لحقه الضرر من ذلك).

فالحماية التي يقررها القانون تتحقق بوسيلتين:

الأولى: وقف أي اعتداء على الحق في الاسم حتى ولو لم يترتب له ضرر.

الثانية: المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي لحقته جراء منازعته باسمه أو انتحاله له.

الاسم التجاري:

لابد من الإشارة إلى أن الاسم التجاري وهو الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة لتميز متجره قد يكون هو نفس الاسم المدني للشخص أو اسمًا آخر فهو ليس مميزًا للشخصية في ذاتها بل للنشاط التجاري لشخص وهو بالتالي يعتبر عنصرًا من عناصر المحل التجاري وبالتالي ذا طابع مالي فيجوز التصرف فيه كما يجوز تملكه بالتقادم[1].

٤- الموطن: هو المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجودًا فيه على الدوام وإن تغيب عنه بصورة مؤقتة والموطن بهذا المعنى إذن هو المكان الذي يفترض أن الشخص يباشر فيه نشاطه القانوني ويخاطبه فيه الغير بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط. هذا وإن تحديد الموطن فيه حماية للشخص نفسه وحماية للغير أيضًا. والموطن على نوعين عام وخاص.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي المدخل للقانون الخاص، ط ١، القاهرة ١٩٥٧.

فالموطن العام: هو المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقته وأعماله بوجه عام.

والموطن الخاص: فهو المقر الذي يعتد به لبعض أعمال الشخص أو علاقاته أو بعض أوجه النشاط على وجه التخصيص.

الموطن العام

١ - الموطن الإرادي: تنص المادة ٤٢ من القانون المدني العراقي على أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصورة دائمة أو مؤقتة فالموطن العام يتحدد كقاعدة عامة بالإقامة المعتادة مع قصد الاستقرار بصورة دائمة أو مؤقتة.

كما يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد وهذا ما تقرره المادة ٤٢ بقولها: (ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد) فإذا كان الشخص مثلاً يقيم بعض الوقت في الريف وبعضه الآخر في المدينة أُعتبر كلاً من المكانين موطنًا عامًا للشخص ويسمى هذا الموطن بالموطن الإرادي لأن إرادة الشخص هي التي تتحكم في تحديده واختياره والموطن لا يتحدد على هذا النحو إلا لكاملي الأهلية.

٢ - الموطن الالزامي: إذا كان الأصل هو أن الموطن العام يتحدد باختيار الشخص وإرادته فإن هنالك استثناء على هذه القاعدة أوجده القانون حماية لمصلحة بعض الأشخاص وهم المفقودون والقصر والمحجورين وذلك لأن هؤلاء لا يباشرون التصرفات القانونية بأنفسهم بل يباشرها نيابة عنهم ولمصلحتهم من ينوب عنهم قانونًا لذلك حدد لهم القانون ودون تدخل من إرادتهم الموطن العام لهم وهو موطن من ينوب عنهم قانونًا وهذا ما قررته المادة ٤٣ ق. م.ع حيث قالت: «موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانونًا».

الموطن الخاص

١- موطن الأعمال:

نصت المادة ٤٤ ق م ع على أنه: «يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة».

يتبين في هذا النص وجود موطن خاص إضافة إلى الموطن العام الذي ذكرته آنفًا يتحدد بالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته ويعتد به بالنسبة لشؤون هذه الحرفة أو التجارة أما فيما يتعلق بهذه الأعمال فالعبرة فيه بالموطن العام.

٢- موطن القاصر المأذون له بالتجارة:

رأينا أن موطن القاصر يتحدد بموطن من ينوب عنه قانونًا ولكن القانون قد يأذن للقاصر إذا بلغ سنًا معينة لإرادة أمواله كلها أو بعضها فيكون له موطن خاص بالنسبة للأعمال التي تجوز مباشرتها يتحدد على أساس إقامته المعتادة وهذا ما قررته المادة ٤٣/ ٢ ق م ع.

«ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبرها القانون أهلاً لمباشرتها». وفيما عدا ذلك يكون موطنه الأصلي هو موطن وليه أو وصيه.

٣- الموطن المختار:

وهو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين كاختيار شخص مكتب محاميه موطنًا مختارًا بالنسبة له لتنفيذ عمل قانوني كإجارة عقار معين وهذا ما قررته المادة ٤٥/ ق م ع حيث نصت على أنه لا يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين «كما نص القانون على ضرورة إثبات وجوب الاتفاق على الموطن المختار بالكتابة ضمانًا لاستقرار التعامل وحسن تنفيذ الأعمال».

والأصل أن الموطن المختار يعتبر الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بالعمل الذي اختير من أجله إلا إذا اتفق صراحة على قصر الموطن المختار على بعض الأعمال دون البعض الآخر.

٥- الذمة المالية

هي مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية في الحال والاستقبال وينتج عن هذا التعريف أن ذمة الشخص المالية تتكون من عنصرين الأول هو الحقوق والتي تكون الجانب الإيجابي وهي مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلاً وكذلك التي توجد في المستقبل «الأموال» والعنصر الثاني هي الالتزامات التي تكون الجانب السلبي من الذمة المالية «الديون» فإذا زادت حقوق الشخص عن التزاماته اعتبر موسرًا وقد تزيد الالتزامات على الحقوق فيكون معسرًا ويتبين من هذا أن الذمة المالية ترتبط بالشخصية ذلك لأن الشخصية القانونية ليست سوى الصلاحية[1] لثبوت الحقوق التحمل بالالتزامات فالذمة المالية لا تنشأ مستقلة بذاتها بل تستند في وجودها إلى شخص معين فالذي يلم شتات عناصرها المختلفة هو نسبتها جميعًا إلى ذلك الشخص هذا وقد تنازعت تأصيل فكرة الذمة المالية عدة نظريات في الفقه أبرزها ثلاث نظريات هي «النظرية الشخصية» التي تقول بأن الذمة المالية ليست سوى الصلاحية لاكتساب الحقوق ونشأة الالتزامات حيث تندمج فكرة الذمة المالية في فكرة الشخصية فلم تعد الذمة المالية إلا الشخصية في مضرها المالي[2] و«نظرية التخصيص أو ذمة الغرض» التي تقول بإمكانية الفصل بين الذمة المالية والشخصية وتذهب إلى أنه قد يوجد مجموع من الحقوق والالتزامات يجمعها جميعًا غرض واحد خصصت له بدون شخص تستند إليه فالحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة مستقلة عن حقوق والتزامات الأفراد المكونين لها أو المستفيد منها فكلما وجدت مثل هذه المجموعات كانت هناك ذمة مالية[3] والنظرية الثالثة هي «النظرية الحديثة» التي ترفض الربط بين الذمة المالية والشخصية على النحو الذي أخذت به النظرية التقليدية إذ هي لا تعتبر الذمة المالية ناحية من نواحي الشخصية فهي تنظر إلى الذمة المالية باعتبارها وحدة تفنى فيها عناصرها فهي مجموعة ذهنية مستقلة عن تلك العناصر لا تتأثر بالتغييرات التي تطرأ عليها ولكن النظرية الحديثة تقف عند هذا الحد فلا تصل إلى دمج الذمة المالية بالشخصية وبالتالي لا تذهب إلى تطبيق خصائص الشخصية على الذمة المالية[4].

---

(١) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١١.

(٢) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١٦، د. رمضان أبو رمضان أبو السعود، المصدر السابق ص ٣٠٣.

(٣) د. إسماعيل غانم، ص ١١٢.

(٤) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١٧، ١٢٦، د. رمضان أبو السعود، المصدر السابق ص ٣١٣.

خصائص الذمة المالية:

١) إن الذمة المالية تثبت للأشخاص القانونيين طبيعيين كانوا أم معنويين فلكل شخص ذمة مالية ما دام أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات أما الكائنات الأخرى فليست لها ذمة مالية.

٢) لابد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة إلى شخص فما دامت هي الجانب المالي للشخصية فلا يتصور أن تكون هنالك ذمة لا تستند إلى شخص.

٣) وحيث أن الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فهي واحدة بالنسبة للشخص لا تتعدد ولا تتجزء ولا تنتقل من شخص إلى أخر وإن كان من الجائز التصرف بها بعناصرها فقط.

أهمية الذمة المالية:

إن فكرة الذمة لها أهمية كبيرة من الناحية القانونية والعملية إذ أن الذمة المالية للشخص تكون الضمان العام لحقوق الدائنين وكلما زادت حقوق الشخص المالية ازداد الضمان العام لحقوق الدائنين واطمأنوا إلى كفاءة مدينهم المالية هذا من حقه ومن جهة أخرى ولما كانت الذمة المالية بمجموعها ضامنة لحقوق الدائنين دون تخصيص عين من أعيانها بذاتها أعطى ذلك المدين حرية التصرف في أمواله وإن كان مدينًا بشرط عدم الإضرار بحقوق دائنيه.

ثانيًا الأهلية:

تعريف الأهلية: يمكن تعريف الأهلية بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به. ويميز الفقهاء بين نوعين من الأهلية هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

١- أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وبعبارة أخرى صلاحيته لوجوب: الحقوق المشروعة له وعليه فهي في الواقع من الأمر لشخص ذاته منظور عليه من الناحية القانونية ذلك أن الشخص سواء أكان طبيعيًا أو شخصًا اعتباريًا إنما ينظر إليه القانون من ناحية لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وتثبت له هذه الصلاحيات من وقت ميلاده بل وقبل ذلك عندما يكون جنينًا في بطن أمه إلى حين وفاته وتصفية تركته وسداد ديونه فإذا انعدمت الشخصية الطبيعية أو الاعتبارية انعدمت أهلية الوجوب كالجنين

يولد ميتًا وكالشركة بعد أن تصفى والميت بعد سداد ديونه فإذا مات الإنسان وكان عليه ديون وله حقوق يفترض استمرار شخصيته حتى تقبض حقوقه وتسدد ديونه أي أن القانون يعترف باستمرار أهليه الوجوب له حتى تقبض حقوقه وتسدد ديونه. كما يجب ملاحظة أن أهلية الوجوب التي للجنين هي أهلية وجوب ناقصة فهي قاصرة على إثبات الحقوق له دون إلزامه بأي التزام ولأن الالتزام يقتضي صدور عمل إرادي أو عمل مادي يرتد هذا الالتزام وكلاهما غير متصور صدوره عن الجنين كذلك فإن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق قاصرة على تلك الحقوق التي تنشأ عن القانون أو عن الإرادة المنفردة للغير وعلى هذا يصح أن يكتسب الجنين حقًا عن طريق الميراث وعن طريق الوصية.

٢- أهلية الأداء:

هي صلاحية الإنسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعًا وبهذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه أما أهلية الأداء فهي صلاحية لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها ويترتب على ذلك إمكان تمتع الشخص بأهلية الوجوب فقط أو بكلتا الأهليتين ومناط أهلية الأداء هو التمييز فهي تدور معه وجودًا وعدمًا فإذا كان تمييزه تامًا كانت الأهلية تامة وإذا كان التمييز ناقصًا كانت الأهلية ناقصة وإذا انعدم التمييز انعدمت معه أهلية الأداء.

أقسام العقود من حيث أهلية الأداء:

ويمكن تقسيم العقود من حيث أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام هي:

١- عقود اغتناء تغني من باشرها دون أن يدفع عوضًا: الهبة بالنسبة للموهوب له والعارية بالنسبة للمستعير والوديعة بدون أجر بالنسبة للمودع.

٢- عقود ضارة ضررًا محضًا وهي: عقود التبرع بالنسبة للمتبرع أي التي ترد على الشيء للتصرف فيه بدون عوض ومثاله: الهبة بالنسبة للواهب.

٣- عقود دائرة بين النفع والضرر وهي: عقود المعاوضة بصورة عامة وهذا على نوعين:

أ- عقود إدارة وترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر.

ب- عقود تصرف وترد على الشيء لتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة للبائع والمشتري فمن كان كامل أهلية الأداء يصلح لمباشرة هذه الأقسام الثلاثة ومن كان ناقص أهلية الأداء

وهو الصبي المميز صلح لمباشرة بعضها فله مباشرة عقود الاغتناء فقط وليس له مباشرة العقود الضارة ضررًا محضًا أما العقود الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على إجازة وليه أو وصيه ومن كان معدوم الأهلية كالصبي غير المميز لا يصلح لمباشرة أي نوع من أنواع العقود أعلاه وكل تصرف منه يكون باطلاً.

ويتأثر تمييز الإنسان بأثر طبيعي عام هو السن الذي يمر بها في مراحل عمره كما قد يتأثر بأثر عرضي طارئ يعود إلى أمور تقع فتؤدي إلى اختلال في القوى العقلية أي في التمييز وهذه العوارض تسمى بعوارض الأهلية أما السن التي يمر بها الإنسان من حيث أهليته فهي ثلاثة أدوار.

الدور الأول: الصبي غير المميز:

وتبدأ هذه من حين الولادة إلى إتمام السابعة من العمر والصغير في هذا الدور يكون عديم التمييز وبالتالي عديم الأهلية فليس له إجراء أي نوع من أنواع العقود ولو كان العقد نافعًا نفعًا محضًا فلا يصح منه أي تصرف من التصرفات القولية وكل تصرف يجريه يكون باطلاً وإن أذن له وليه (م٩٧) ذلك لأن الأذن أجاز والإجازة لا تلحق العقد الباطل.

الولاية على مال الصغير:

وإذا كان الصغير غير أهل لصدور التصرف القولي منه على وجه يعتمد به شرعًا فلابد من أن يكون هناك من ينوب عنه والذي ينوب عنه هو وليه وصيه وولي الصغير هو الأب والمحكمه[1] والجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصيًا على الصغير ثم وصي الجد المختار ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة (م ١٠٢)[2].

---

(١) انظر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث تنص المادة ٢٧ منه بأن ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة.

(٢) انظر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث تنص المادة ٢٧ منه بأن ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة.

حدود سلطة الولي والوصي:

الولاية أقوى من الوصايا وبالتالي فإن ولاية الولي على مال الصغير أوسع نطاقًا من ولاية الوصي فللولي التصرف في مال الصغير بمثل القيمة أو بغبن يسير لا فاحش بشرط أن يكون مستور الحال أما إذا عرف الولي بسوء التصرف فللمحكمة أن تقيد من ولايته أو أن تسلبه هذه الولاية (م ١٠٣) أما الوصي فله مباشرة عقود الإداره فقط وتكون صحيحة ونافذة لو كانت بغبن يسير أما عقود التصرف فلا تصح مباشرتها إلا بإذن المحكمة وبالطريق التي تحددها (م ١٠٥).

الدور الثاني: الصبي المميز:

ويبدأ هذا الدور من تمام السابعة إلى بلوغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة (م ١٠٦) ويتمتع الصغير في هذا الدور بتمييز ناقص وبالتالي بأهلية أداء ناقصة.

وعليه فللصبي المميز أهلية الاغتناء فيستطيع قبول هدية لأن ذلك نافعًا نفعًا محضًا له ويصبح تصرفه هذا ولو لم يجزه وليه أو يإذن به.

وليس له أهلية التبرع فلا يستطيع أن يهب شيئًا من ماله لأن ذلك ضار به ضررًا محضًا ولو أذن له وليه.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

الصبي المأذون:

ولكن إذا أكمل الصبي الخامسة عشرة من عمره جاز للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير مقدارًا من ماله في التجارة فيه لتجربته وتمرينه وإذا امتنع الولي عن الإذن للصغير جاز للمحكمة الإذن لهذا الصغير كذلك إذا رأى الولي أن الصغير لا يحسن للتجارة فله أن يحجزه ويبطل الإذن كذلك للمحكمة أن تعيد حجزه بعد أن أذنت (م ٩٨ - ١٠١) وحكم التصرفات التي يجريها الصغير المأذون هو حكم التصرفات الصادرة عن البالغ سن الرشد ولكن يجب ملاحظة أن هذه التصرفات يجب أن تكون إتجارًا لا هبة أو تبرعًا ولفظ التجارة هنا لا ينصرف إلى الأعمال التجارية خاصة وإنما ينصرف إلى كل عقود المعاوضة تجارية كانت أم مدنية.

الدور الثالث: البالغ الرشد:

وسن الرشد ثماني عشر سنة ميلادية كاملة فإذا بلغ القاصر هذه السن رشيدًا عاقلاً ولم يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه كملت أهليته وكان بذلك أهلاً لمباشرة جميع أنواع التصرفات سواء أكانت نافعة نفعًا محضًا أو دائرة بين النفع والضرر أو ضارة ضررًا محضًا.

عوارض الأهلية

حصر عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية أربعة الجنون والعته والسفه والغفلة:

١ - الجنون: هو آفة تصيب قوى الإنسان العقلية فتعدم تميزه فأهلية المجنون معدومة؛ لأنه فاقد التمييز وحكمه حكم الصبي غير المميز وهو محجوز لذاته كالصغير فلا حاجة لصدور حكم بالحجز عليه (م ٩٤) أما تصرفاته في حالة الإفاقة فهي كتصرفات العاقل (١٠٨).

٢- العته: وهو عارض يضعف القوى العقلية ولا يعدمها ولذلك اعتبره القانون كالصبي المميز (م ١٠٧) وعليه فإنه يتمتع بأهلية ناقصة ويستطيع القيام بالتصرفات التي يستطيع الصبي المميز، والمعتوه محجور لذاته كالصغير والمجنون.

٣- السفه: هو إنفاق المال على غير مقتضى العقل والشرع ناتجة عن ضعف بعض الملكات الضابطة لنفس الإنسان وتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل.

والسفيه غير محجور لذاته بل لابد من صدور حكم من المحكمة للحجر عليه وإذا حجر على السفيه أصبح في حكم الصبي المميز ولكن تصرفاته الصادرة قبل صدور الحكم بالحجر تبقى صحيحة إلا إذا وقعت غش بطريق التواطؤ مع من تعامل معه توقعًا للحجر وإذا عاد السفيه إلى رشده رفعت المحكمة الحجر عنه والولاية على مال السفيه هي المحكمة أو وصيتها.

٤ - الغفلة: هي عدم تمرس أو خبرة الشخص في التصرفات فلا يهتدي ذو الغفلة إلى معرفة التصرف الرابح من الخاسر فيغبن في المعاملات لسلامة نيته وقد نص القانون المدني العراقي على أن حكم ذي الغفلة حكم السفيه فينطبق عليه كل ما قيل في هذا الشأن.

حالة خاصة:

تنص المادة (١٠٤)

إذا كان الشخص أصم أبكم، أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصيًّا وتحدد تصرفات هذا الوصي والسبب في مساعدة أمثال هؤلاء ليس نقص الأهلية فهم في واقع الأمر كاملو التمييز ولكنه العجز الطبيعي في التعبير عن الإرادة فينصب وصي عليه وتحدد تصرفات هذا الوصي في الأمور أو التصرفات التي ترى المحكمة أن من المصلحة قصر تدخل الوصي فيها.

المبحث الثاني

الشخصية المعنوية وطرق كسبها

لقد أظهرت حقائق الحياة الاجتماعية ضرورية وجود شخصية أخرى غير الشخصية الطبيعية (الإنسان) معترف لها بالشخصية القانونية أيضًا ألا وهي الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تنشأ من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين ويكون لها كيان مستقل عن شخصية الأفراد المكونين لها وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال وهنالك اعتبارات متعددة أوجبت الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات من الأشخاص والأموال منها:

١ - إنها تستطيع أن تقوم بإنجاز مهمات وأعمال يعجز الإنسان الفرد عن تحقيقها نظرًا لمحدودية إمكاناته.

٢ - يلاحظ أن بعض المشروعات يستغرق تحقيقها زمنًا طويلاً قد يتجاوز عمر الإنسان وبالتالي فإن الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات يتيح لها القيام بأعمالها فلا يهددها وفاة إنسان معين أو مرضه أو عجزه عن العمل.

٣- عدم الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات يؤدي بالضرورة إلى التعامل مع كل فرد من أفراد هذه المجموعة مع ما في ذلك من عناء وتعقيد بينما الاعتراف بالشخصية القانونية للجماعات المذكورة يجعلها قادرة على أن تمارس نشاطها وإن تتعامل مع الأشخاص الأخرى باعتبارها وحدة قائمة بذاتها دون حاجة للتعامل مع الأشخاص المكونين لها.

تعريف الشخص المعنوي: ويعرف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمي إلى تحقيق غرض معين ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ومن هذا التعريف يتبين لنا ما يلي:

أ- أن الشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال.

ب- أنه يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين له.

جـ - أنه لا يمنح الشخصية القانونية إلا بقدر الازم لتحقيق أغراضها إذ يجب أن يتحدد نشاطها القانوني بالحدود التي أنشئت من أجلها.

بدء الشخصية المعنوية (طرق كسبها):

لا تثبت الشخصية المعنوية لجماعة أو هيئة معنية إلا بعد الاعتراف بها من قبل السلطة المختصة في الدولة وبالتالي فإن الهيئات أو الجماعات التي لايوافق القانون على تمتعها بالشخصية المعنوية لا يمكن لها أن تنشأ مهما كانت الأسباب[١] وبالتالي فإذا كان تدخل القانون ضروريًا للاعتراف بالشخصية المعنوية وابتدائها فإن هذا الاعتراف قد يكون اعترافًا عامًا وقد يكون اعترافًا خاصًا.

١- الاعتراف العام:

يكون الاعتراف عامًا عن طريق تنظيمي قانون عام وفي هذه الحالة يضع المشرع ابتداء شروطًا عامة إذا توافرت في أي جماعة من الأشخاص أو في مجموعة الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون[٢] ودون الحاجة إلى صدور قرار لاحق عن المشرع بمنح تلك الشخصية ولذلك أطلق على هذا النوع من الاعتراف اسم (طريقة التنظيم القانوني) ومثال ذلك ما نص عليه القانون المدني العراقي في مادته (٦٢٧) من

(١) د. لبيب شنب المصدر السابق ص ١٨٨.

(٢) د. حسن كيرة المصدر السابق ص ٦٣٧.

أن الشركة تعتبر شخصًا معنويًا بمجرد تكوينها إلا إذا نص القانون على غير ذلك وعلى هذا الأساس فكل جماعة تتوافر فيها مقاومات الشركة وتكون مستوفية للشروط القانونية المطلوبة تكتسب الشخصية القانونية بناءًا على الاعتراف العام المنصوص عليه في هذا القانون ومن دون حاجة إلى اعتراف خاص بكل شركة على حدة كذلك فقد نص القانون المدني[1] على أنه يعتبر شخصًا معنويًا كل من الدولة والألوية (محافظات) والبلديات والقرى والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات المؤسسة وفقًا لأحكام هذا القانون.

٢- الاعتراف الخاص:

ويكون الاعتراف خاصًا إذا كان الاعتراف المشرع بالشخصية المعنوية لجماعة معينة شرطًا لازمًا لقيامها ففي هذه الحالة لا تثبت الشخصية المعنوية إلا من تاريخ القرار الذي يصدر من الدولة (أو إحدى سلطاتها) بالاعتراف بها وليس من تاريخ تكوينها، مثالها: هيئة رعاية اصحاب ذوي الكفاءات التي أنشأها المشرع العراقي بموجب قانون رعاية أصحاب الكفاءات رقم ١٥٤ لسنة ١٩٧٤.

وسواء أكان الاعتراف عامًا أم كان خاصًا فإن هذا الاعتراف قد يكون صريحًا كما قد يكون ضمنيًا وتتحقق حالة الاعتراف الضمني إذا نص القانون على إنشاء هيئة أو مؤسسة معينة ولكنه لم يذكر صراحة بأنها تتمتع بالشخصية المعنوية ومع ذلك سلم باستقلالها المالي والإداري عن سائر الهيئات وقرر لها أهلية إجراء التصرفات القانونية والتقاضي باسمها مما يعني أن هذه الهيئة أو المؤسسة لها شخصية مستقلة عن شخصية الأفراد الداخلين في تكوينها أي أنها تتمتع بالشخصية المعنوية.

انقضاء الشخصية المعنوية:

كما أن للشخصية المعنوية بداية بيّنا كيفية قيامها فإن لها نهاية ومن المعلوم أن لا مجال للحديث هنا عن الوفاة إذ أن هذا ظرف لا ينطبق إلا على الأشخاص الطبيعيين فالشخصية المعنوية لا تموت ولكن هذا لا يعني أن وجودها مستمر إلى ما لا نهاية ذلك لأن هناك أسبابًا خاصة تؤدي إلى انقضاء الشخصية المعنوية وهذه الأسباب هي:

---

(١) المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي.

١ - تحقيق الغرض المقصود من الشخص المعنوي أو استحالة تحققه:

فالشخصية المعنوية تنشأ للهيئات أو للجماعات بقصد تحقيق هدف معين فإذا تحقق هذا الهدف فإن بقاءها يصبح بعد ذلك غير ضروري وكذلك الأمر في حالة ما إذا تبين استحالة تحقيق الغرض المقصود من قيام الشخص المعنوي إذ لا معنى ولا داعي لوجوده بعد ذلك.

٢ - حلول الأجل: وينقضي الشخص المعنوي انقضاء طبيعيًا بانتهاء الأجل المحدد له إذا وجد مثل هذا التحديد فقد يتحدد له أجل في السند المنشئ له فإذا كان الأمر كذلك فإن شخصيته القانونية تنقضي بحلول هذا الأجل.

٣- الاتفاق: إذا كانت الجماعات التي ثبتت لها الشخصية المعنوية قد تكونت نتيجة الاتفاق كما في الشركات والجمعيات فأنه يجوز أيضًا أن يكون الاتفاق سبب انقضائها فإذا اتفق على انتهاء الجمعية أو الشركة انقضت شخصيتها المعنوية ويلاحظ أن الانقضاء في هذه الحالة إما أن يكون نتيجة إجماع كافة الأعضاء على حلها وإما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضاها سلطة الحل.

٤ - حل الشخص المعنوي: وهنا يكون انقضاء الشخص المعنوي بشكل إجباري عن طريق عمل من الدولة فإذا صدر قرار بالحل انقضت الشخصية المعنوية رغم إرادة الأفراد الداخلية في تكوينها وقرار الحل قد يصدر عن سلطة إدارية كما يمكن أن يصدر من سلطة قضائية.

مميزات الشخصية المعنوية

للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي خصائص يتميز بها وهي اسم وموطن وحالة وذمة مالية وأهلية[1] وفرضها فيما يلي:

---

(١) تنص المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي على أنه:

١ - يكون لكل شخص معنوي ممثل عن إرادته.

٢- ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازمًا لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

٣- وله ذمة مالية مستقلة.

٤ - وعنده أهلية الأداء وذلك في الحدود التي بينها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون.

٥- وله حق التقاضي.

٦- وله موطن. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه إدارة أعمالها في العراق.

١- اسم الشخص المعنوي:

يجب أن يكون الشخص المعنوي اسم يميزه عن سائر الأشخاص المعنوية ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص ويشترط المشرع عادة ذكر اسم الشخص المعنوي في السند المنشئ له فالمادة الثانية من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ توجب ذكر اسم الجمعية في النظام المكتوب الذي يوضع لها واقع عليه من مؤسسيها.

ويستمد الاسم عادة من الغرض الذي أنشئ الشخص من أجله كما في الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة.

وقد يكون اسم الشخص المعنوي اسمًا تجاريًا مما يكسبه قيمة مالية وبالتالي يصبح داخلاً في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلاً للتصرف والاكتساب والسقوط بالتقادم[١]:

ويحمي القانون اسم الشخص المعنوي من كل انتحال أومنازعة فيه من قبل الغير ويكون لمثله طلب وفق أي اعتداء عليه، مع التعويض عما لحقه من أضرار.

٢- موطن الشخص المعنوي: يكون للشخص المعنوي موطن مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له ويتحدد موطن الشخص المعنوي في القانون العراقي بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته[٢] والمقصود بمركز الإدارة هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري فهو ليس بالضرورة مركز الاستغلال كما لو أنشئ الشخص المعنوي بقصد استغلال منجم أو حقل بترول في الصحراء في حين أن موطنه في بغداد إذا كانت إدارته تتم من بغداد.

وفي حالة الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق فإن القانون العراقي ينص على أن مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية[٣].

---

(١) د. حسن كيرة المصدر السابق ص ٦٥٢، د. توفيق فرج المصدر السابق ص ٣٤٨.

(٢) م ٤٨ ف م ع ف ٦.

(٣) م ٤٨ ف م ع ف ٦.

٣- حالة الشخص المعنوي:

إذا كان الشخص الطبيعي يتميز بحالة عينة تحدد أساسا مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحيانًا من الدين[١].

فنقول بأنه ليس للشخص المعنوي حالة مدنية وبالتالي فإن حالة الشخص المعنوي مقصورة على حالته من ناحية الجنسية وهذه يتصور توافرها للشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ولكن مع اختلاف في مدلولها وعناصرها وجنسية الشخص المعنوي تنصرف إلى وجود رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة ينتمي إليها وهي مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين لها والاتجاه والغالب في معظم التشريعات يذهب إلى إعطاء الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي.

٤- ذمة الشخص المعنوي:

للشخص المعنوي ذمة مالية[٢] وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص الطبيعيين المكونين له وبالتالي فليس لدائني هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بديونهم على الشخص المعنوى كما لا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه[٣] هذا ويستتبع استقلال ذمة الشخص المعنوي عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له أنه يجوز مقاضاته كما يجوز له أن يقاضي [٤] فله أن يرفع الدعاوى كما يمكن أن ترفع عليه وتنصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة.

٥- أهلية الشخص الأعتباري:

إذا نشأ الشخص المعنوي ثبتت له الشخصية القانونية فيكون أهلاً للوجب له وعليه بالشكل الذي يتفق مع طبيعته وبالغرض الذي أنشئ من أجله ذلك أن أهليته تتحدد بما يبينه سند إنشائه أو ما يقره القانون.

أما فيما يخص أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية على وجه يعتد به شرعًا فمناطها هو التمييز والإرادة وحيث أنه من الواضح بأن الشخص المعنوي لا

---

(١) د. حسن كيرة، المصدر السابق.

(٢) م ٤٨ ف م ع ف ٣.

(٣) مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية يسأل الشركاء عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة رغم استقلال الذمة المالية. انظر المادة ٦٤٣ من القانون المدني العراقي.

(٤) م٤٨ ف ٥.

إرادة له ذلك لأن الإرادة تفترض التمييز أو الإدارك وهذه لا يمكن تصورها إلا بالنسبة للأشخاص الطبيعين وبالتالي فلا بد من أن يباشر الشخص المعنوي نشاطه القانوني عن طريق أشخاص طبيعين يمثلونه ويعبرون عن إرادته فيكون لهؤلاء أن يقوموا بالتصرفات القانونية لحساب المعنوي مع انصراف آثار هذه التصرفات مباشرة إلى الشخص المعنوي ولذلك نصت المادة ٤٨/ ١ من القانون المدني العراقي بأن يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن إرادته.

فرئيس الدولة هو الذي يمثلها باعتبارها شخصًا معنويًا عامًا ورئيس الجمعية أو الشركة هو الذي يمثلها وهكذا... فلكل من هؤلاء أن ينوب عن الشخص المعنوي في حدود اختصاصه التي تثبت له في المنشئ للشخص المعنوي.

أنواع الأشخاص المعنوية

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين هما:

أ- الأشخاص المعنوية العامة:

ب- الأشخاص المعنوية الخاصة:

الأشخاص المعنوية العامة هي الدولة وفروعها كالوزارات ووحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمجالس البلدية والقرية والمؤسسات العامة والمنشآت العامة والشركات العامة وكل المصالح العامة التي تنشئها الدولة وتمنحها شخصية معنوية مستقلة لتقوم بإدرارة أحد المرافق العامة أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهي إما أن تكون جماعة أشخاص وقد تكون مجموعات أموال فمثال جماعة الأشخاص الشركات والجمعيات ومثال مجموعات الأموال والأوقاف والمؤسسات الخاصة هذا وإن المسألة بشأن تحديد فيما إذا كانت هذه الهيئة شخصًا معنويًا عامًا أم خاصًا من الأهمية بمكان بحيث تحتاج لوضع أسس معينة لبيان أسس التفرقة لذلك وضعت معايير متعددة للتفرقة بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة منها:

١- إرادة المشروع.

٢- الغرض الذي قام الشخص المعنوي من أجله.

٣- أصل نشأة الشخص المعنوي. فإذا كانت الدولة هي التي أنشأت الشخص المعنوي كان عامًا وإلا فهو خاص.

٤- طبيعة النشاط الذي يقوم به الشخص المعنوي.

٥- امتياز السلطة العامة التي يتمتع بها الشخص المعنوي.

٦- من له الكلمة الأخيرة في المشروع هل هي الإدارة أم الأفراد فإذا كانت الإدارة كنا أمام شخص من أشخاص القانون الخاص.

وسنقتصر دراستنا على بعض أنواع الأشخاص المعنوية وبالتحديد الأشخاص المعنوية الخاصة؛ ذلك لأن دراسة الأشخاص المعنوية ألصق بمادة القانون الإداري.

أولا- جماعات الأشخاص

١) الشركات:

الشركة هي مجموعة من الأشخاص «أو الأموال» تقوم باتفاق شخصين أو أكثر للقيام بمشروع مالي معين وبقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم وقد عرفت المادة (٤) من قانون الشركات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ الشركة بقولها (الشركة عقد به يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصه من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة).

أنواع الشركات:

١) شركات التضامن: [1] وقد عرفها قانون الشركات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ في الفقرة الثالثة من مادته السادسة بقوله: (الشركة التضامنية شركة تتألف من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يزيد على عشرة يكون لكل منهم حصه فيها ويكونون مسؤولين على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة).

وتتميز شركات التضامن بالخصائص التالية:-

١- أن للشركة عنوانًا تجاريًّا.

٢- أن جميع الشركاء فيها يعتبرون تجارًا.

٣- أن مسؤولية الشركاء فيها مسؤولية شخصية وغير محدودة أي تضامنية عن جميع التزامات الشركة.

٤- أن حصص الشركاء فيها غير قابلة للانتقال للغير إلا بموافقة الهيئة العامة بالإجماع.

---

(١) د. اكرام يا ملكي و د. باسم محمد صالح/ الشركات التجارية، بغداد ١٩٨٣ ص٧٦.

٢) الشركة البسيطة: وهي شركة تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد على خمسة يقدمون حصصًا في رأس المال أو يقدم واحد منهم أو أكثر عملاً والآخرون مالاً[١]. وتكتسب الشركة البسيطة الشخصية المعنوية من تاريخ إيداع نسخة من عقدها لدى مسجل الشركات[٢] هذا ونصت المادة (١٧٨) من قانون الشركات على أنه إذا لم يحدد العقد نصيب الشركاء إلا في الربح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضًا، وإذا حدده في الخسارة اعتبر هذا في الربح أيضًا. أما إذا لم يحدد النصيب لا في الربح ولا في الخسارة كان نصيب كل من الشركاء في ذلك بقدر حصته في رأس مال الشركة[٣].

٣) الشركات المساهمة: وهي شركة تتألف من عدة من الأشخاص لا يقل عن خمسة يكتتب فيها المساهمون بأسهم في يكتتب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها[٤] وتتميز الشركة المساهمة بأن رأسمالها مقسم إلى أسهم اسمية نقدية متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة لكنها قابلة للتداول وذلك بالتصرف فيها بالبيع والهبة وبغيرها من التصرفات إلى الغير والشركات المساهمة تتميز أيضًا بتحديد مسؤولية كافة المساهمين بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها فلا تتعدى ذلك إلى أموالهم الأخرى.

والقاعدة أن الشركة تثبت لها الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ومن تاريخ صدور شهادة تأسيسها إذ نصت المادة (٢٢) من ق ش بأنه: «تكتسب الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة تأسيسها وتعتبر هذه الشهادة دليلا على أن إجراءات التسجيل قد تمت وفقًا للقانون».

وتكوين الشركة يجب أن يتم بعقد مكتوب موقع من قبل المؤسسين أو من يمثله يحتوي على اسم الشركة المستمد من نشاطها مع بيان المركز الرئيسي للشركة على أن يكون في العراق هدف الشركة المؤكد لدورها في إنها جانب من جوانب الاقتصاد الوطني وفق الخطط التنمية القومية، نشاط الشركة المستمد من هدفها، رأسمال الشركة وتقسيمه إلى أسهم عدد أعضاء المنتخبين في مجلس إدارة الشركة المساهمة الخاصة، أسماء المؤسسين وجنسياتهم ومهنهم، ومحل إقامتهم الدائم وعدد أسهمهم «وقد يستلزم القانون بالإضافة إلى الكتابة اجراءً شكليًا آخر

---

(١) م ١٧٤ قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣.
(٢) م ١٧٦ ق ش.
(٣) م ١٧٨ ق ش.
(٤) مادية ٦ أولا من قانون الشركات الجديد.

كصدور قرار جمهوري بتأسيس شركة المساهمة[1] ويترتب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة تمتعها بخصائص الشخص المعنوي من أهلية وجو . ب واسم وموطن وجنسية وذمة مالية مستقلة وتنقضي الشركة بوجه عام بأحد الأمور التالية:-

١) عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع.

٢) توقف الشركة عن ممارسة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة دون عذر مشروع.

٣) إنجاز الشركة المشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.

٤) اندماج الشركة أو تحويلها.

٥) فقدان الشركة «٧٥٪» من رأسمالها الاسمي.

٦) قرار الهيئة العامة للشركة بتصفيتها[2] وإذا انقضت الشركة وتمت الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك تعين تصفية أموالها وقسمتها وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الشركات الجديد مع ملاحظة أن الشخصية المعنوية للشركة التي تخضع للتصفية تبقى قائمة رغم توافر أسباب انقضائها وبالقدر اللازم لهذه التصفية وإلى نهايتها وهذا ما تنص عليه المادة (١٥٦) من قانون الشركات الجديد إذ تقول:

«أولاً- تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية مدة التصفية على أن يذكر أنها تحت التصفية حيثما يرد اسمها».

وبعد إتمام التصفية واستيفاء جميع الدائنين لحقوقهم يوزع المصفي متبقي أموال الشركة على أعضاءها بحسب أسهمهم وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تبلغه بقرار شطب اسم الشركة على أنه يجوز تسديد جزء من هذه الأموال إلى الأعضاء خلال مرحلة التصفية بالقدر الذي لا يخل بالتزامات الشركة.

٤- الشركة المحدودة: هي شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يزيد على خمسة وعشرون يكتتبون فيها بأسهم ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها.

---

(١) محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق ص ٢٧٠.

(٢) انظر المادة (١٣٩) من قانون الشركات الجديد.

والشركة المحدودة هي شركة ذات مسؤولية محدودة وهي من شركات الأموال وبالأسهم وهي شركة تجارية ذات شخصية معنوية هذا وإن قانون الشركات الجديد قد بين أنواع أخرى من الشركات هي:

١) المشروع الفردي: وهي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكًا للحصة الواحدة فيها ومسئولاً مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.

٢) الشركة المختلطة: وهي الشركة المتكونة باتفاق شخص أو أكثر من القطاع الاشتراكي مع شخص أو أكثر من القطاع الخاص وبرأس مال مختلط لا تقل نسبة مساهمة القطاع الاشتراكي عن (٥١٪) ويجوز استثناء تكوين شركة مختلطة من شخصين من القطاع المختلط.

انقضاء الشركة:

نصت المادة (١٣٩) على بيان حالات انقضاء الشركة وهي

١) عدم مباشرة الشركة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة دون عذر مشرع.

٢) عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع.

٣) إنجاز الشركة المشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.

٤) اندماج الشركة أو تحولها وفقًا لأحكام هذا القانون «قانون الشركات».

٥) فقدان الشركة (٧٥٪) من رأس مالها الاسمي وعدم اتخاذ إجراء آخر وفق الفقرة (ثانيًا- بندًا) من المادة (٧٦) من هذا القانون خلال ستين يومًا من تاريخ ثبوته بموجب الميزانية.

٦) قرارا الهيئة العامة للشركة بتصفيتها.

الجمعية

تشريعي عام يبين كيفية إنشاء الجمعيات وكيفية حلها وقد صدرت بالفعل عدة تشريعات خاصة بالجمعيات بصورة عامة أو بأنواع معينة منها. ومن أهم هذه القوانين التي تعنينا قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ الذي جمع الأحكام العامة الجمعيات وبصورة عامة وتتولى فيما يلي إعطاء شرح موجز للجمعيات:

١ - تعريف الجمعية (عرفت المادة الأولى من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠) الجمعية بقولها: الجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية

لغرض غير الربح المادي ويشمل ذلك النوادي والمنظمات والهيئات وكل ما يدخل مفهومه تحت هذا التعريف. ويتبين من هذا التعريف أن الجمعية تتميز بالخصائص التالية:

أ- أن الجمعية تتألف من مجموعات أشخاص وسواء كان هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين مع ملاحظة أنه إذا كانوا أشخاصا طبيعيين فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة (م/ ٢ ق الجمعيات).

ب- تتميز الجمعية بأنها تمثل تنظيمًا ذا صفة دائمة بأن يكون لها وجود مستقر ثابت يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقتية.

ج- تهدف الجمعية أخيرًا إلى غرض ويتحدد هذا الغرض بعدم الحصول على ربح مادي فإذا كانت تهدف إلى الحصول على ربح مادي فإنها لا تكون جمعية بل شركة ويلاحظ بأنه ما دام غرضها يتحدد بعدم الحصول على الربح المادي فإنه لا يهم بعد ذلك أن يكون هدفها خيريًا أو دينيًا أو علميًا أو ثقافيًا أو سياسيًا كالأحزاب أو مهنيًا ما دام هذا الغرض مشروعًا.

إنشاء الجمعية:

تنص المادة الثانية من قانون الجمعيات على أنه (يشترط في إنشاء الجمعية أن يوضع لها نظام مكتوب وموقع من أعضاء مؤسسين...) فالجمعية لا تنشأ إلا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين والكتابة هنا شرط للانعقاد لا للإثبات فحسب هذا وقد اشترطت المادة الثانية من قانون الجمعيات أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على البيانات التالية:

١ - اسم الجمعية والغرض منها ومركز إدارتها على أن يكون في العراق.

٢ - اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وعمره ومهنته ومحل إقامته والطرق الواجبة اتباع لقبول عضويته ولسقوطها عنه.

٣- الموارد المالية التي تستطيع الجمعية الحصول عليها.

٤ - الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وطرق تعيين الأعضاء الذين تتكون منهم الهيئات وطرق عزلهم.

كما اشترطت المادة الثالثة أن يكون العضو تام الأهلية وغير محروم من الحقوق المدنية وغير محكوم عليه عن جريمة مخلة بالشرف وأن يكون فوق ذلك قد قبل نظام كتابة.

هذا وتثبت الشخصية المعنوية للجمعية بمجرد إنشائها ولا يحتاج بهذه الشخصية المعنوية قبل الغير إلا بعد أن يتم إعلان نظام الجمعية في الجريدة الرسمية يطلب منها (م/ ٦ ق الجمعيات).

حدود أهلية وجوب الجمعية: لقد سبق أن بينا أن أهلية وجوب الشخص المعنوي أهلية وجوب محددة قياسًا على أهلية الوجوب التي تكون للشخص الطبيعي فهي محددة بالقيود الآتية:

١- لا يجوز للجمعية أن تمتلك أو تكتسب من حقوق على عقارات تزيد على الفرض الضروري لتحقيق فرض الجمعية[١].

وحيث أن الجمعية لا تستهدف الربح المادي لذلك لا يجوز لها المضاربة.

٢- لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى إلا بقدر الضروري الذي يكفيها لاتخاذ مركز لها أو لفروعها أو محل لا جناح لتحقيق الغرض الذي أسست من أجله (م/ ٨ق. الجمعيات) غير أن مثل هذا القيد الجمعيات ذات النفع العام فلهذه الجمعيات أن تتملك الغرض الذي تستهدف تحقيقه ما تشاء من الأموال سواء كانت (م/ ١٧ق ج).

حل الجمعية:

تنقضي الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص المعنوي كانتهاء الأجل المحدد لها أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه أو تناقص أعضائها إلى أقل من المطلوب في القانون وهي تنقضي أيضًا بالحل والحل ما يكون.

أ- الحل الأختياري: ويكون بقرار يصدر من الهيئة العامة بأغلبية ثلثي الأعضاء:

ب- الحل الإجباري: وهو الذي يتم بمقتضى حكم يصدر من القضاء وقد تضمنت المادة السادسة والعشرون من قانون الجمعيات قواعد هذا الحل بقولها: يجوز حل الجميعة بقرار من محكمة بدائة لحل بناء على طلب يقدم من وزير الداخلية أو من يخولها بتقديم الطلب وذلك من الحالات الآتية:

ا- إذا خالفت فعاليتها الأغراض المدرجة في المادة الرابعة من هذا القانون أو الرسائل المدرجة في المادة السابعة منه (على الجمعية أن تتوسل لتحقيق أغراضها بالوسائل السلمية الديمقراطية وفق أحكام الدستور والقوانين المرعية (م/ ٧ق. ج).

٢- إذا مضى على تأسيس الجمعية سنة واحدة أو أكثر ولم تباشر أعمالها المنصوص عليها في

---

(١) د. عبد الفتاح الباقي، نظرية الحق ط ٢ القاهرة ١٩٦٥ . ص د. إسماعيل غانم المصدر السابق ص ٢٣٩.

نظامها أو انقطعت عن ممارسة أعمالها المدة المذكورة بدون أسباب تبرر ذلك.

٣- إذا اصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها أو خصصت أموالها أو أرباع أموالها لأغراض غير التي أنشئت من أجلها.

٤- إذا خزنت الأسلحة النارية أو الجارحة أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعة في مركزها أو مركز أحد فروعها وتستثنى من ذلك الجمعيات الرياضية التي يجوز لها خزن مقدار معقول من الأسلحة لتنفيذ أغراضها بعد موافقة السلطة المختصة ويجب أن تدرج هذه الأسلحة في سجل خاص ويبقى من حق الجمعية الطعن في قرار الحل لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قرار الحل وعلى الهيئة العامة أن تثبت به خلال خمسة عشرة يومًا التالية.

وإذا حلت الجمعية سواء كان الحل أختياريًا أو قضائيًا وجبت تصفية أموالها لسداد ديونها فيعين لها مصف أو أكثر ويقوم بهذا التعيين الهيئة العامة للجمعية إن كان الحل اختياريًا أو الهيئة العامة لمحكمة التمييز إن كان الحل قضائيًا (م/ ١٨ ق. ج).

وبعد تمام التصفية يقوم المصفون بتوزيع الأموال الباقية وفقًا لنظام الجمعية فإن لم يوجد في النظام نص أو وجد ولكن طريقة توزيع كانت غير ممكنة فحينذاك يجرى تحويل أموال الجمعية المنحلة إلى الجمعية والجمعيات التي يكون غرضها هو الأقرب إلى غرض هذه الجمعية أو إلى جهة خيرية وفقًا لقرار يصدره مجلس الوزراء (م/ ٢٩ ق. ج).

ثانيًا: مجموعات الأموال

نقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص المعنوية التي تتألف من أموال مخصصة لتحقيق غرض معين وتضم مجموعات الأموال صورتين المؤسسات الخاصة والأوقاف.

١- المؤسسات الخاصة:

تعريفها: المؤسسة الخاصة شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال عدة معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية دون قصد إلى أي ربح مادي (م/ ٢١ مدني) ويتضح من هذا التعريف أنه يجب القيام المؤسسة أن تتوافر المقومات الآتية:

١- مجموعة من المال: إذ أن المال هو العنصر الأساسي لقيام المؤسسة أما الأشخاص فيقتصر دورهم في أنشاء المؤسسة على رصد المال[١].

٢- أن الغرض الذي يرصد من أجله المال هو دائمًا من أعمال الخير أو النفع العام.

٣- أن تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة.

ويتبين نتيجة هذه الملاحظات أن المؤسسة تختلف عن الجمعية في أمرين:

١- أن المؤسسة تقوم على مجموعة من الأموال بينهما تقوم الجمعية على جماعة من الأشخاص.

٢- إذا كان كل من المؤسسة والجمعية لا تسعيان إلى تحقيق ربح مادي إلا أنه يجب أن يكون هدف المؤسسة عامًا في حين أن الجمعية قد تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة لأعضائها[٢].

إنشاء المؤسسة:

تنص المادة ٥٢ من القانون المدني العراقي على أنه:

١- يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية.

٢- ويعتبر هذا السند أو هذه الوصية نظامًا للمؤسسة.

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ص ١٩٣.

(١) محمد كمال عبد العزيز، المصدر السابق ص ٢١١.

د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ٢٤٧.

ويجب أن يشتمل على البيانات التالية:

أ- الغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه.

ب- اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في العراق.

ج- بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل.

ويلاحظ بأن المؤسسة تنشأ نتيجة عمل إرادي صادر عن إرادة المؤسس أو المؤسسين فإذا كان العمل صادرًا عن إرادة المؤسس حال حياته أفراغ ذلك بسند رسمي وإن قصد إلى إنشائها بعد وفاته صاغ ذلك في صورة وصية ومتى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمي آخر وذلك إلى أن يتم تسجيلها في محكمة البداءة:

أهلية وجوب المؤسسة:

تتقيد أهلية وجوب المؤسسة بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص المعنوي بوجه عام فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات إلا بالقدر المتعلق بتحقيق غرضها المحدد دون غيره من الأغراض خضوعًا لمبدأ التخصص.

إدارتها: يتولى إدارة المؤسسة المدير الذي يعرضه السند الذي أنشأها حتى ولو كان المدير هو الشخص نفسه منشئ المؤسسة إذ هي تنفصل عنه بمجرد إنشائها وتخضع المؤسسة لقيود عديدة هي:

١- أنها تخضع لرقابة الدولة وتعين الدولة الجهة التي يناط بها أمر هذه الرقابة (م/ ٥٧ مدني) وعلى مديري المؤسسة موافاة الجهة المختصة بالرقابة كلما طلبت ذلك: ميزانية المؤسسة وحسابها السنوي مع المستندات المؤيدة لها وذلك في خلال شهر من تاريخ تصفية حساب السنة (م/ ٥٨ مدني).

٢- لمحكمة البداءة التابع لها مركز المؤسسة أن تقضي بالإجراءات الآتية إذا طلبت منها ذلك الجهة المختصة بالرقابة على أن يكون هذا الطلب في صورة دعوى.

أ- عزل المديرين عند إهمالهم أو عجزهم الذين يخالفون القانون أو عقد إنشاء المؤسسة والذين يستعملون أموالها في غير الأغراض المخصصة لها.

ب- تعديل نظام إدارة المؤسسة أو تخفيف التكاليف والشروط المقررة في سند إنشاء المؤسسة أو تعديلها أو إلغائها.

ج- الحكم بإلغاء المؤسسة إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي

أنشئت من أجله أو أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق أو صار مخالفًا للقانون أو للآداب أو للنظام العام.

د- إلغاء الأعمال التي قام بها المديرون تجاوزًا لحدود اختصاصاتهم أو مخالفة لأحكام القانون أو لنظام المؤسسة ويجب في هذه الحالة أن ترفع دعوى الإلغاء في خلال سنتين من تاريخ العمل المطعون فيه (م/ ٥٩).

انقضاء المؤسسة: حيث أن المؤسسة هي مجموعة أموال وليست مجموعة أشخاص فلا يتصور أن تنقضي بالحل الاختياري إذ أن الحل الاختياري لا يكون إلا من أعضاء الشخص الأعتباري وليس من أعضاء في المؤسسة فهي مجموعة من الأموال كما أن شخصيتها مستقلة عن شخص مؤسسيها فلا سبيل لانقضائها سوى الحل القضائي (الجبري). ووفقًا لما رأيناه في انقضاء الجمعية.

٢- الوقف:

وهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس والتصدق بمنفعتها على جهة بر لا تنقطع سواء أكان ذلك ابتداء وانتهاء فقط[(١)].

والوقف نظام من نظم الشريعة الإسلامية وهو على ثلاثة أنواع خيري وذري ومشترك وقد أخذ المشرع العراقي بهذه المصطلحات الفقهية وبمفاهيمها في المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٥ الخاص بجواز تصفية الوقف الذري إذ تنص المادة الأولى منه على أنه:

أ- يقصد بالوقف الذري: ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليهما معًا أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معًا أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته.

ب- ويقصد بالوقف الخيري: ما وقف على جهة خيرية حين إنشائه أو آل إليها نهائيًا.

ج- ويقصد بالوقف المشترك: ما وقفه الواقف على جهة وعلى الأفراد أو الذراري...[(٢)].

---

(١) الأستاذ شاكر ناصر حيدر الموجز في الحقوق العينية الأصلية بغداد ١٩٧١ ص٣٦.

(٢) يرى الدكتور أحمد الخطيب أن تسمية الوقف الذري تسمية غير دقيقة إذ قد لا تنطبق على بعض الصور المذكورة كما لو كان الوقف على نفس الواقف فقط أو على شخص معين ومن بعد كل واحد منهما على جهة خيرية فلا يمتد الوقف هنا إلى الذرية لهذا يرى أن إطلاق مصطلح الوقف الأهلي أقرب إلى الصحة.

انظر كتاب الواقف والوصايا في الشريعة الإسلامية للدكتول أحمد الخطيب طبعة ثانية، مطبعة جامعة بغداد ١٩٧٨ ص٩٧.

والعين الموقوفة ليست مملوكة لأحد من الأفراد فهي تعد غير مملوكة للواقف إذ بالوقف خرجت عن ملكه وهي لم تدخل في ملك المستحقين الذين لا يستحقون منها سوى الريع أو الدخل وتثبت للوقف شخصية معنوية ويقوم بإبرام التصرفات القانونية لحسابه متولي الوقف وهذا ومن الجدير بالملاحظة أنه منذ صدور المرسوم رقم (١) ١٩٥٥ أجيز تصفية الوقف الذري.

المراجع العامة

المراجع العربية

١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أوستيت. أصول القانون أو لدراسة القانون القاهرة ١٩٤١.

٢) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى. أصول القوانين ١٩٢٣.

٣) أحمد صفوت. مقدمة القانون. القاهرة ١٩٢٤.

٤) سليمان مرقس. المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٣.

٥) حسن بغدادي. المدخل للعلوم القانونية.

٦) عبد الفتاح عبد الباقي. نظرية القانون. دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٤.

٧) محمد عرفة. مبادئ العلوم القانونية. القاهرة ١٩٥٦.

٨) حسن كيرة. أصول القانون. دار المعارف بمصر. الطبعة الثانية ١٩٦٠.

٩) عبد الرحمن البزاز. الموجز في تاريخ القانون. بغداد ١٩٤٩.

١٠) محمد طه بدوي. القاعدة القانونية. دار المعارف بمصر ١٩٥٤.

١١) محمود جمال الدين زكي. دروس في نظرية القاعدة القانونية. ١٩٥٥.

١٢) عبد المنعم البدراوي. المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧.

١٣) محمد كمال عبد العزيز. الوجيز في نظرية القانون. القاهرة ١٩٦٢.

١٤) عبد المنعم فرج الصده. أصول القانون. مطبعة الحلبي القاهرة ١٩٦٥.

١٥) مختار القاضي. أصول القانون. دار النهضة العربية ١٩٦٧.

١٦) شمس الدين الوكيل. الموجز في المدخل القانوني. منشأه المعارف بالإسكندرية ١٩٦٨.

١٧) السيد صبري. مبادىء القانون الدستوري. مطبعة مخيمر القاهرة ١٩٤٩.

١٨) عثمان خليل عثمان. المبادىء الدستورية العامة. القاهرة ١٩٥٦.

١٩) عبد الحميد متولي. الوسيط في القانون الدستوري. القاهرة ١٩٥٦.

٢٠) زهير جرانه. الأمر الإداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر ١٩٣٥.

٢١) السعيد مصطفى السعيد. الأحكام العامة في قانون العقوبات. القاهرة ١٩٥٢.

٢٢) علي حسين الخلف. الوسيط في شرح قانون العقوبات. بغداد ١٩٦٨.
٢٣) حسن الحلبي. القانون الدولي العام ١٩٦٤.
٢٤) محسن شفيق. القانون التجاري المصري. ج ١ القاهرة ١٩٤٩.
٢٥) أكرم يا ملكي. الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. بغداد ١٩٧١.
٢٦) مالك دوهان الحسن. المدخل لدراسة القانون. بغداد ١٩٧٢.
٢٧) رمضان أبو السعود. المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ١٩٨٦.
٢٨) علي علي منصور. المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ١٩٦٧.
٢٩) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية. مطبعة الآداب ١٩٧٢.
٣٠) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي. المكتبة التجارية القاهرة أربعة أجزاء.
٣١) الشيخ محمد الخضري. أصول الفقه. القاهرة ١٩٣٣.
٣٢) عبد الوهاب خلاف. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ١٩٣٨.
٣٣) السيد محسن الطبأطبائي الحكيم. حقائق الأصول ١٣٧٢ هـ -.
٣٤) محمد يوسف موسى. محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي ١٩٥٤.
٣٥) بدران أبو العينين بدران. أصول الفقه القاهرة ١٩٦٥.
٣٦) عباس متولي حمادة. أصول الفقه ١٩٦٨.
٣٧) مصطفى إبراهيم الزلمي. دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي ١٩٨٢.
٣٨) صفاء الحافظ. القطاع العام وآفاق التطور الإشتراكي في العراق ١٩٦٦.
٣٩) محمد سلمان حسن. دراسات في الاقتصاد العراقي ١٩٦٦.

مراجع نظرية الحق

١) د. أحمد الخطيب. الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية بغداد ١٩٧٨.

٢) د. أحمد الكبيسي. الأحوال الشخصية. بغداد، مطبعة الرشاد ١٩٧٢.

٣) د. إسماعيل غانم. محاضرات في النظرية العامة للحق ط ٢ القاهرة ١٩٨٢.

٤) د. أكرم يا ملكي ود. باسم محمد صالح. الشركات التجارية، بغداد ١٩٨٣.

٥) د. توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية، بيروت ١٩٧٥.

٦) د. ثروت أنيس الأسيوطي. مبادىء القانون جـ ٢ «الحق».

٧) د. جميل الشرقاوي. دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني نظرية الحق. القاهرة ١٩٦٦.

٨) د. حسن ذنون. فلسفة القانون، بغداد ١٩٧٥.

٩) د. حسن كيرة. المدخل لدراسة القانون ط ٤، الإسكندرية ١٩٧١.

١٠) شاكر ناصر حيدر. الموجز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد ١٩٧١.

١١) د. شمس الدين الوكيل. المدخل لدراسة القانون، الإسكندرية ١٩٦٥.

١٢) عبد الباقي البكري. النظرية العامة للإلزام جـ ١ في مصادر الالتزام، بغداد ١٩٥٩ - ١٩٦٠.

١٣) عبد الحي حجازي. المدخل لدراسة العلوم القانونية جـ ٢ «نظرية الحق» مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠.

١٤) د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني جـ ٢ القاهرة ١٩٦٤.

١٥) د. عبد الفتاح عبد الباقي. نظرية الحق، القاهرة ١٩٦٥ ط ٢.

١٦) د. عبد المنعم البدراوي. المدخل للقانون الخاص، القاهرة ١٩٥٧ ط ١.

١٧) د. فتحي الدريني. الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون. دار الفكر والطباعة والنشر، بيروت - السنة بلا.

١٨) د. محمد سامي مذكور. نظرية الحق، القاهرة ١٩٥٣.

١٩) د. محمد لبيب شنب. دروس في نظرية الحق، القاهرة ١٩٧٧.

٢٠) د. رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (المصري واللبناني) «النظرية العامة للحق» بيروت ١٩٨٣.

المراجع الانكليزي

١-ALLen Law in the making ١٩٤٦.

٢-Buckland some Reflections On jurisprudebnce ١٩٤٥.

٣-Bertrand Russel ducation and the Social arder.

٤-Friedmann Legal Theory Third Editian ١٩٤٤.

٥-Coadby Introduction to The Study of law Third Edition.

٦-Crey The Nature and Soureces of The law ١٩٤٨.

٧-Holland The elements of Jurisprudence thirteenth Edition.

٨-Jennings modern Theary of law ١٩٣٣.

٩-Korkunov General Theary of law.

١٠- Keeton An inttoduction to Equity.

١١- Beudant (Ch) Le Droit individual Et I`etat ٣rd Edition ١٩٢٠

١٢- Bonnecase Introduction a L`etude Du Dry it civil ١٩٣٩.

١٣- Capitant (H) Introduction a L`erude du drovit Civil ٤th. Edition ١٩٢١.

١٤- Dabin Thearie Generale du droit ٢nd Edition ١٩٥٣.

١٥- Geny methode d`interpretation et Sources en droit prive Positif ٢nd volum- ١٩٣٢.

كتب الأستاذ المتمرس

عبد الباقي البكري

مقدمة الكتاب

نظرية القانون

كتب المدرس

زهير البشير

نظرية الحق